Zur Lehre von der Konfusion

nach gemeinem römischen Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 18. August 1896.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde,

genehmigt

von der juristischen Fakultät

der

Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin,

zugleich mit den angehängten Thesen öffentlich zu verteidigen

am 15. März 1897, 1 Uhr

von

Eduard Mosler,

Kammergerichtsreferendar,

Berlin.

Opponenten:

1. **Ernst Cohnitz,** Kammergerichtsreferendar,
2. **Ludwig Rintelen,** Kammergerichtsreferendar,
3. **Walter Pistor,** Kammergerichtsreferendar.

Berlin 1897.

Druck von C. H. Schulze & Co. in Gräfenhainichen.

Dem

Andenken meines Vaters.

Inhalt.

Vierter Teil.

Die Wirkungen der Konfusion nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 18. August 1896.

Erster Abschnitt.

Die Wirkungen der eigentlichen Konfusion.

Seite

Zweiter Abschnitt.

Litteratur.

a) Gemeines Recht.

Arndts, Pandekten. 13. Auflage 1886.
„ Aufsätze in Weiskes Rechtslexikon:
„Emphyteuse Band III. S. 856.
„Erbschaft" Band IV. S. 19.
Baron, Die Gesamtrechtsverhältnisse im römischen Recht. Marburg 1864.
Bekker, in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Band II. S. 44 ff.
Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjekte. 1867, Leipzig.
Brinz, Pandekten, 2. Auflage, 1879.
Büchel, Civilrechtliche Erörterungen, erster Band. 1834, Marburg.
Budde, Entscheidungen des O.A.G. Rostock, Band VII 1874, S. 126 ff.
Cujacii opera.
Dernburg, Pandekten, 3. Auflage, Berlin 1892; 4. Auflage 1895.
„ Das Pfandrecht, Band I 1860, Band II 1864, Leipzig.
„ Lehrbuch des Preuß. Privatrechts, 4. Aufl. 1889, 5. Aufl. 1894.
Donelli commentarii iuris civilis.
Elvers, Die römische Servitutenlehre. Marburg 1856.
Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes. Leipzig 1873.
Fitting, Die Natur der Korrealobligation. Erlangen 1859.
Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gem. preuß. Privatrechts, 4. Auflage 1883; 6. Auflage 1892.
Franke, Civilistische Abhandlungen. Göttingen 1826, II. Abhandlung.
Friedmann, Die Wirkungen der confusio nach römischem Recht, Inaugural-Dissertation. Greifswald 1884.
Fritz, Erläuterungen zu Wening-Ingenheims Pandekten, Band I.
„ im Archiv für civilistische Praxis, VIII 1825, S. 290 ff.
Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht. Jena 1851.
Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld.
Goldschmidt, in den Jahrbüchern für Dogmatik, Band XXVI. S. 352 f.
Hartmann, in den Jahrbüchern für Dogmatik, Band XVII, („Über Rechte an eigner Sache").
Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Düsseldorf 1870.
Heimbach, Aufsatz „Konfusion" in Weiskes Lexikon, Band III. S. 19.
Heumann, Handlexikon zu den Quellen des röm. Rechts. 1891.
Holtzschuher, Theorie und Kasuistik des Gemeinen Civilrechts, dritte, von Kuntze bearbeitete Auflage, 1864.

Jhering, in den Jahrbüchern für Dogmatik, Band X. S. 447 ff.
„ Abhandlungen aus dem röm. Recht Nr. 3.
Keller, in Richters und Schneiders kritischen Jahrbüchern, Band XI.
Kohler, Abhandlungen aus dem gemeinen und franzöſ. Civilrecht, 1883, Aufſatz Nr. 9. S. 295 ff.
„ Pfandrechtliche Forſchungen. 1882.
Kretſchmar, Secum pensare, Feſtſchrift. Gießen 1886.
Kuntze, Die Obligation und die Singularſucceſſion. Leipzig 1856.
Lauterbach, De confusione, Dissertat. jurid. Tübingen 1660.
Puchta, Vorleſungen, 5. Auflage 1863. Band II.
Ribbentrop, Zur Lehre von den Korrealobligationen. Göttingen 1831.
Samhaber, Zur Lehre von der Korrealobligation. 1861.
von Savigny, Das Obligationsrecht als Theil des heutigen Römiſchen Rechts, Berlin 1851.
„ Syſtem des heutigen römiſchen Rechts.
von Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römiſchen Rechts.
Schott, in den Jahrbüchern für Dogmatik, Band XV, 1877, S. 47 ff.
Schwanert, Die Naturobligation des röm. Rechts. 1861.
Siebenhaar, Korrealobligationen. Leipzig 1868.
Sohm, Die Lehre vom subpignus. 1864 Roſtock.
Steinlechner, Das Weſen der iuris communio. 1878.
Strohal, in Grünhuts Zeitſchrift für Privat- und öffentliches Recht, Band IV. S. 485 ff.
von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Auflage. Marburg u. Leipzig 1869.
Waldner, Die correale Solidarität. Wien 1885.
Windſcheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Auflage. Frankfurt a. M. 1891.
von Wening-Jngenheim, Archiv für civiliſtiſche Praxis. 1823. Band VI. S. 134 ff.

b) Recht des Bürgerlichen Geſetzbuchs.

Achilles, Die preuß. Geſetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872. Berlin und Leipzig, 3. Auflage 1881; 4. Auflage 1894.
Bähr, „Ein weiterer Beitrag zum Bürgerlichen Geſetzbuch“ im Archiv für Bürgerliches Recht, Band II. 1889.
Denkſchrift zum Entwurf eines bürgerlichen Geſetzbuchs. Dem Reichstag vorgelegt 1896. Berlin J. Guttentag.
Deybeck, „Grundzüge des Hypothekenrechts nach dem Entwurf,“ in den Beiträgen zur Erläuterung des deutſch. Rechts von Gruchot, Jahrg. XXXIV. 1890.
Fiſcher, Lehrbuch des preuß. Privatrechts. Berlin und Leipzig 1887.
von Jeklin, „Der Entwurf eines Bürgerlichen Geſetzbuchs in zweiter Leſung“ in den Beiträgen zur Erläuterung des deutſch. Rechts von Gruchot. Jahrg. XXXVII. 1893.
Kühnaſt, Unterſuchung des Grundſchuldbegriffs, 2. Auflage. Berlin 1878.
„ Die Grundſchuld des Entwurfs. Berlin 1888.
von Meibom, „Die Grundzüge des Grundbuchrechts des Entwurfs“ im Archiv für civiliſt. Praxis, Band 75.

von Meibom, „Zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs" im Archiv für civilist. Praxis, Band 74.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1888.

Protokolle der Sitzungen der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1892—1895 (eingesehen im Lesesaal der Reichstagsbücherei).

Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1894 und 1895.

Staub, „Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld" in den Gutachten aus dem Anwaltstande, Heft 6. 1888.

Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, 2. Auflage. 1883.

Strohal, „Die Eintragungstheorie" in der Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht, Band IV. Wien 1877.

Einleitung.

„Konfusion“ ist die dem deutschen Sprachgebrauch angepaßte Form des lateinischen Wortes confusio, die Substantivierung des Verbums confundere, „zusammenfließen“.

„Konfusion“ wird im heutigen römischen Recht in einer doppelten Bedeutung gebraucht:

1. In wörtlicher Anwendung bezeichnet man damit das Zusammenfließen von flüssigen oder (durch Schmelzen) flüssig gemachten Objekten verschiedener Eigentümer (eine Art des Eigentumserwerbs durch Accession[1]) oder Verbindung[2]).

2. In übertragener Bedeutung heißt Konfusion das Zusammentreffen von zwei Faktoren ein und desselben Rechtsverhältnisses in einem Subjekt[3]), mag dies ein dingliches Rechtsverhältnis sein, z. B. Vereinigung von herrschendem und dienendem Grundstück in einer Hand oder ein obligatorisches, z. B. das Zusammentreffen von Forderung und gegenüberstehender Verbindlichkeit in einem Subjekt oder die Vereinigung von zwei Korrealschulden.[4])

Diese beiden Begriffe der Konfusion lassen sich in einer Abhandlung nicht untersuchen; denn außer der Identität der Bezeichnung weisen sie keinerlei rechtliche Beziehungen zu einander auf. Wenn es hier unternommen wird, die zweite Bedeutung, das Zusammentreffen von zwei Faktoren eines Rechtsverhältnisses allein und wie einen ausschließlich in dieser Bedeutung vorkommenden Begriff zu behandeln, so waren dabei folgende Erwägungen leitend:

---

[1]) Dernburg, Pand. I § 210.

[2]) Windscheid a. a. O. I § 189.

[3]) Näheres über diese Definition s. S. 2.

[4]) Konfusion bezeichnet in einer dritten Bedeutung, die ihm außer vom heutigen allgemeinen Sprachgebrauch auch von den Quellen beigelegt wird, „Unordnung“, „Verwirrung“. Diese ist ohne jedes juristische Interesse. Vergl. l. 4 C. de bon. mat. 6, 60: omnem ambiguitatis confusionem amputare; Constit. Tanta § 21; l. 8 pr. D. fin. reg. 10, 1; § 10. I. de grad. cogn. 3, 6.

1. Das Zusammenfließen von Flüssigkeiten verschiedener Eigentümer wird nicht allgemein in der Litteratur als Konfusion bezeichnet, vielmehr findet sich häufig die lateinische Form des Wortes: confusio.[1])

2. Wenn diese Bedeutung des Wortes confusio als Eigentumserwerbsart behandelt wird, so läßt es sich nicht umgehen, auch die commixtio in den Kreis der Betrachtung zu ziehen, zumal da die Römer einen Unterschied zwischen confundere und commiscere nicht gemacht haben.

Diese somit nötig werdende Doppelbehandlung würde über den durch das Thema „Konfusion" gesteckten Rahmen hinausgehen.

3. Die Konfusion in übertragener Bedeutung überragt so unverhältnismäßig die Konfusion als Eigentumserwerbsart an juristischem Interesse und praktischer Wichtigkeit, daß in Zweifelfällen nur die erstere darunter verstanden zu werden pflegt.

Erster Teil.

Der Begriff der Konfusion.

§ 1.

Konfusion in der übertragenen Bedeutung als die Vereinigung von zwei Faktoren eines und desselben Rechtsverhältnisses in einem Subjekt[2]) begegnet uns sowohl bei dinglichen wie bei obligatorischen Rechtsverhältnissen.

Im einzelnen wird als Konfusion in diesem Sinne bezeichnet:

1. Das Zusammentreffen von dinglichem Recht an fremder Sache mit dem belasteten Eigentum in einer Hand;

---

[1]) Vangerow a. a. O. I § 331 S. 639; Dernburg a. a. O. I § 210; Bechmann, z. Lehre v. Eig. Erw. d. Acc. S. 23 gebrauchen hier das Wort „Konfusion", während Holtzschuher a. a. O. II S. 268, Windscheid a a. O. I § 189 N. 1, Arendts a. a. O. § 151 ^{A_1} S. 271 die Eigentumserwerbsart nur „confusio" nennen, ebenso die Motive, III S. 359.

[2]) Eine alles umfassende Definition des Begriffes „Konfusion" ist m. Wiss. noch nicht versucht worden. — Zwar mag das Wort „Faktor" hier wohl nicht ganz das treffen, was es wiedergeben soll. Denn während es an und für sich etwas bezeichnet, durch dessen Wirksamkeit ein anderes erzeugt wird, wird es hier auf das fertige Erzeugnis angewandt. Dennoch wurde es gewählt, weil es einerseits hier weder direkt unrichtig noch begriffsverwirrend ist, andererseits andere Bezeichnungen, wie „Funktion", „Seite", „Rechtsbeziehung" nicht charakteristisch genug und den betreffenden Begriff noch weniger wiederzugeben schienen.

2. die Vereinigung von Forderung und entsprechender Schuld in ein und der nämlichen Person, und endlich

3. die Vereinigung zweier aus demselben Schuldverhältnis hervorgegangenen, nebeneinanderstehenden Faktoren gleichen Inhalts in einem Subjekt. Vornehmlich wird im Anschluß an die Quellen[1]) das Zusammentreffen von Hauptschuldner und Bürgeneigenschaft in derselben Person so genannt, weiter aber auch die Vereinigung von zwei Korrealschulden oder zwei Korrealforderungen, und endlich von zwei Mitbürgschaften in demselben Subjekt.[2])

Daß diese letzte Bedeutung der Konfusion einen wesentlich anderen Vorgang kennzeichnet wie die beiden vorhergehenden, ist schon beim ersten Anblick unverkennbar; deshalb mag zunächst diese letzte Bedeutung der Konfusion außer Betracht bleiben.[3])

A.

I. Die beiden ersten Bedeutungen der Konfusion, das Zusammenkommen von Eigentumsrecht und dinglichem Recht an fremder Sache, sowie das Zusammenkommen von Forderung und Schuld in einer Person, zeigen die gemeinsame Erscheinung, daß die beiden Seiten, welche den Bestand eines Rechtsverhältnisses ausmachen, sich in einem Subjekt vereinigen und dadurch die Fortexistenz des von ihnen gebildeten Rechtsverhältnisses unmöglich machen. Dies ergiebt sich aus folgenden Betrachtungen:

Die dinglichen Rechte an fremder Sache setzen ihrem Namen und ihrem Begriffe nach voraus, daß die Sache, auf der sie lasten, ihren Berechtigten eine fremde ist. Dies Erfordernis der Alienität nämlich leitet sich her aus dem Begriffe des Eigentums als des Rechts, welches sämtliche Befugnisse an einer Sache, die innerhalb der Schranken der Rechtsordnung sich nur an dieser Sache ausdenken lassen, gewährt. Es muß deshalb jede Befugnis, welche einem Subjekt an seiner eigenen Sache zusteht, ihm kraft seiner Eigenschaft als Eigentümer zustehen, sie muß Ausfluß seines Eigentumsrechts sein, aus dessen Unbegrenztheit

---

[1]) l. 93 D. de solut. et lib. 46, 3. l. 71 pr. D. de fideiuss. 46, 1.

[2]) Siebenhaar a. a. O. S. 50 steht mit seiner Ausdehnung der Bezeichung „Konfusion" auf die Vereinigung zweier selbständigen Obligationen, welche desselben Inhaltes sind, allein da. Er nennt auch Konfusion den Vorgang, daß zwei Personen dieselbe Sache verkauft haben und danach unter ihnen Beerbung eintritt.

[3]) Sie wird unter B. besprochen werden S. 7.

sie sich herschreibt. Hat jemand also eine besondere selbständige Befugnis irgend welcher Art an einer Sache, so kann diese — normalerweise — nur an einer ihm fremden Sache, d. h. an einer Sache, deren Eigentumsrecht er nicht hat, zustehn. Für den Bestand des ius in re aliena ist demnach der Umstand, daß die belastete Sache dem Berechtigten fremd ist, eine wesentliche Daseinsbedingung.[1])

„In re aliena" bedeutet zunächst nur etwas Negatives: daß jene Sache nicht im Eigentum des Berechtigten steht; da aber an einer res nullius ein ius in re aliena nicht begründet werden kann, bedeutet es ferner positiv, daß die Sache im Eigentum einer anderen Person steht.

Tritt nun Konfusion ein, d. h. fließen Eigentumsrecht und dingliches Recht an fremder Sache zusammen, so bedeutet dieser Vorgang den Wegfall einer wesentlichen Existenzbedingung für die dingliche Berechtigung, weil nunmehr die belastete Sache dem Berechtigten nicht mehr fremd ist.

Genau dieselbe Erscheinung ergiebt sich bei der Konfusion der beiden Seiten einer Obligation. Als was man auch immer die Obligation charakterisieren und wie verschieden man ihre innere Struktur juristisch deuten mag, jedenfalls ist sie ihrem Begriff und Wesen nach ein festes Rechtsverhältnis zwischen zwei bestimmten Rechtssubjekten.[2])

Das Vorhandensein von zwei selbständigen Personen, zwischen denen die rechtliche Beziehung besteht, ist also wesentliche Existenzbedingung ebensowohl für die Obligation wie für das ius in re aliena.

Gleichermaßen raubt somit die Konfusion dem dinglichen Recht an fremder Sache und der Obligation ein Existenzerfordernis, weil die beiden Faktoren, deren Selbständigkeit das Rechtsverhältnis ausmacht, in einer Person zusammenfließen.[3])

II. Die Obligation ist weiterhin ein Verhältnis von Person zu Person, welche sich mit entgegengesetzten Interessen gegenüberstehen.[4])

---

[1]) Dies giebt die Legaldefinition des Nießbrauchs wieder: Usus fructus est us alienis rebus utendi fruendi .... (Paulus) l. 1. D. de us. fr. 7, 1; pr. I. de us. fr. 2, 4.

[2]) l. 3 pr. D. de O. et A. 44, 7, Paulus: obligationum substantia .... in eo consistit .... ut alium nobis obstringat ....

[3]) Vergl. Windscheid a. a. O. II § 352 N. 3 und Fitting a. a. O. § 20 N. 151 S. 123.

[4]) Vergl. Savigny, Oblig. R. S. 5.

Die Freiheit der einen nämlich ist erweitert, die der anderen in entsprechendem Maße eingeschränkt; die eine Person, der Gläubiger, hat das Recht, eine vermögenswerte Leistung zu fordern, der Schuldner hat die Verpflichtung, diese Leistung vorzunehmen. Wenn also Konfusion einer Obligation eintritt, so vereinigen sich zwei unversöhnliche Gegensätze: Berechtigung und Verpflichtung bezüglich desselben Inhalts, sie müssen sich gegenseitig aufheben, wie Positives und Negatives sich neutralisiert und Nachteil und Vorteil sich ausgleicht. Dieser Umstand unterscheidet die Konfusion im Obligationenrecht offenbar von der im Sachenrecht erscheinenden; denn, wenn Eigentum und dingliches Recht zusammenfließen, so treffen zwei Rechte an derselben Sache zusammen, von denen das eine, das von beschränkterem Inhalt, durch diese Vereinigung, wie wir sahen,[1]) ein Existenzerforderniß einbüßt.

Trotz dieser Verschiedenheit zwischen der dinglichen und der obligatorischen Konfusion läßt sich doch eine Verwandtschaft auch in diesem Punkt nachweisen. Und gerade diese Erwägung ist es, welche die Zusammengehörigkeit der Konfusionserscheinungen in beiden Rechtsgebieten in das rechte Licht setzt.

Das dingliche Recht ist die Befugnis, eine fremde Sache in bestimmter Beziehung zu nutzen, und setzt zu dem Ende den Berechtigten in unmittelbare Beziehung zu einer Sache. Indem jedoch der Berechtigte seine Befugnis bethätigen will, kollidiert er mit dem Eigentümer, dessen unbestimmte Vielheit von Befugnissen um diese eine nicht vermindert ist; denn mit Recht verwirft die herrschende Meinung die von Büchel[2]) aufgestellte Lehre, daß die iura in re aliena dem Rechte und der Ausübung nach ausgeschiedene und verselbständigte Eigentumsbestandteile seien.

Bei dieser Kollision mit dem Eigentümer erweist sich das ius in re aliena als das stärkere, es drängt das Eigentumsrecht zurück und hemmt den Eigentümer in der Ausübung dieser Befugnis. Es stehen sich mithin auch hier, wie bei der Obligation entgegengesetzte Interessen gegenüber, die des in re aliena Berechtigten und die des Eigentümers, welcher vermöge seines Rechtes alle Befugnisse ausüben will und doch nicht kann. Diese Hemmung ist eine Beschränkung des Eigentumsrechts, welche für den Eigentümer die Verpflichtung be=

---

[1]) Siehe S. 4.

[2]) Büchel a. a. O. I Abs. 3 S. 7 ff., dag. Windscheid a. a. O. I § 200 N. 3 S. 600, Dernburg Pand. I § 23 S. 563.

deutet, die Ausübung seiner Befugnis zu unterlassen und die fremde Befugnis zu dulden. Es wird also bei den iura in re aliena durch das Recht an der Sache auch ein Recht gegen eine Person geschaffen; aber dies ist nicht, wie bei der Obligation, ein unmittelbares gegen eine bestimmte Person, sondern ein mittelbares gegen eine erst durch das jeweilig an der betreffenden Sache stattfindende Eigentumsrecht bezeichnete Person. Insofern stehen sich also beim ius in re aliena ebenso wie bei der Obligation zwei gegensätzliche Faktoren, Berechtigung und Verpflichtung in getrennten Subjekten gegenüber; bei der Konfusion von Eigentum und ius in re geraten somit ebenfalls zwei unverträgliche Gegensätze aufeinander und zehren sich auf. Diese Erwägung ist das Band, welches die Konfusionserscheinungen der dinglichen Rechte innig mit denen der obligatorischen verknüpft und zu einer gemeinsamen Behandlung beider drängt.

Dieser Gedankengang zwingt denn auch zur Ablehnung der Meinung Försters,[1]) welcher den Begriff der Konfusion von den dinglichen Rechten fernhalten will: Könne doch hier nicht, wie der Begriff der Konfusion es erfordere, von einer Vereinigung von Berechtigung und Verpflichtung gesprochen werden, weil nur die Sache belastet, nicht aber der Eigentümer für seine Person verpflichtet sei. Allein es beschränkt die Belastung der Sache doch den Eigentümer in der Ausübung seines Rechts und legt ihm die Verpflichtung auf, die fremde Benutzung zu dulden. Für seine Person zwar ist er nicht verpflichtet, wohl aber in seiner Qualität als Eigentumsberechtigter. Und in dieser Bedeutung gebraucht Förster selbst bei der Grundgerechtigkeit die Ausdrücke „Berechtigter“ und „Verpflichteter“.[2])

Im übrigen ist die Konfusion ihrem Begriffe nach überhaupt nicht nur Vereinigung von Berechtigung und Verpflichtung, sondern ist weiter zu definieren als das Zusammentreffen der beiden Faktoren eines Rechtsverhältnisses, deren Vertretung durch zwei von einander unabhängige Personen notwendige Daseinsbedingung dieses Rechtsverhältnisses ist. Erst in zweiter Linie ergab sich, daß diese beiden Faktoren, sofern sie gegenüberstehende sind, als Berechtigung und Verpflichtung bezeichnet werden können.

---

[1]) Förster, Preuß. Priv. R. III § 184 S. 337 der 4. Aufl., in der 6. Aufl. von Eccius wesentlich geändert, vergl. III § 167 Anm. 12a S. 134.

[2]) Förster a. a. O. 4. Aufl. III § 187 II Nr. 3; S. 397.

III. Die Auffassung der Konfusion als eines Vorgangs, welcher dem dinglichen Recht an fremder Sache eine wesentliche Daseinsbedingung entzieht und deswegen sein Erlöschen wegen Existenzunmöglichkeit verursacht, ist jedoch nicht allgemein anerkannt.

Wenn Fritz[1]) die Konfusion der dinglichen Rechte ansieht als ein „Aufhören nur der Form nach", so kann dies seinen Grund nur in der Auffassung des dinglichen Rechts als eines ausgeschnittenen Eigentumsbestandteils haben, welcher durch die Konfusion in die Lücke des Eigentums wieder eingefügt wird. Diese Lehre ward aber oben[2]) bereits abgelehnt. Bekker,[3]) und vor ihm Elvers[4]) finden den Grund des Erlöschens in Zweckmäßigkeitserwägungen, indem, wie ersterer ausführt, „das dingliche Recht von quantitativ kleinerem Inhalt als überflüssig abgestoßen wird, denn das Recht suche sich von unnützem Ballast nach Möglichkeit freizuhalten." Allein die von Bekker angeführten Fälle drängen nicht mit Notwendigkeit zu dieser Regel: wenn Jemand, um eins von seinen Beispielen[5]) herauszugreifen, an seinem fundus eine Emphyteuse bestellt hat und erhält vom Emphyteuta den Nießbrauch vermacht, so bleibt der Nießbrauch zweifelsohne existenzfähig, offenbar aber nicht, weil er hier „nicht überflüssig" wäre, sondern weil er an einer dem Proprietar fremden Sache, an der Emphyteuse[6]) stattfindet.

B.

Gegenüber der Konfusion in dem eben besprochenen Sinne tritt die Konfusion als Bezeichnung der Vereinigung von Korrealschuld und Korrealschuld oder von Bürgschaftsschuld und Hauptschuld in der neueren Litteratur mehr zurück. Wiewohl sich die Quellen[7]) grade mit dieser Art von Konfusion mehrfach und eindringlich[8]) beschäftigt haben, steht sie an juristischem Interesse und praktischer Wichtigkeit soviel der ersteren nach, daß unter Konfusion schlechtweg im Zweifel heute die Vereinigung der gegenüberstehenden Faktoren eines Rechts-

---

[1]) Arch. f. civ. Pr. Bd. VIII S. 290.

[2]) Siehe S. 5 Anm. 2.

[3]) a a. O. S. 45 ff.

[4]) a. a. O. S. 125 § 14: „Die Servitut in der Hand des Eigentümers sei zwecklos und ermangele des Requisits der Utilität."

[5]) a. a. O. S. 47.

[6]) Windscheid a. a. O. I § 219 S. 658.

[7]) l. 13 D. de duob. reis. 45, 2; l. 5 D. de fideiuss. 46, 1, l. 21 § 1—4. D. eod.; l. 93 D. de solut. 46, 3.

[8]) Siebenhaar a. a. O. S. 46.

verhältnisses verstanden wird. Zum Unterschied von dieser Hauptbedeutung bezeichnen wir daher die zweite Art der Konfusion als Konfusion im eigentlichen Sinne.[1])

Die Konfusion im uneigentlichen Sinne hat mit der anderen Konfusion nur das äußerliche Moment gemein, daß sich zwei Faktoren ein und desselben Rechtsverhältnisses in einer Person vereinigen. Diese zusammentreffenden Faktoren sind aber — das ist der wesentliche Unterschied, welcher die uneigentliche Konfusion von der eigentlichen trennt und sie zu einer völlig verschiedenen Erscheinung macht — nicht gegenüberstehende, auf deren Selbständigkeit der Bestand eines Rechtsverhältnisses beruht, sondern nebeneinanderstehende. Ihre Vereinigung entzieht dem Schuldverhältnis keine Existenzbedingung, weil der Gegensatz von Berechtigung und Verpflichtung, vertreten durch zwei selbständige Personen, bleibt. Es geht nur eine harmlose Verschiebung und Zusammenziehung der einzelnen Stellen vor sich, indem gleichgeartete und an sich verträgliche Funktionen desselben Schuldverhältnisses in einem Träger sich kumulieren.[2])

Daß die Bürgschaft in der Mehrzahl der Fälle mit der Hauptschuld in einer Hand nicht fortbestehen kann, liegt in ihrer accessorischen Eigenart.[3])

Ungeachtet dieser wesentlichen Verschiedenheit, welche zwischen den beiden Arten der Konfusion besteht und welche sie zu fast einander fremdartigen Erscheinungen macht, ist ihre Trennung in den Quellen kaum, in der neueren Litteratur nur zum Teil streng durchgeführt, ja Kuntze[4]) sieht anscheinend nicht den geringsten Unterschied zwischen beiden Arten. Mit dem nötigen Nachdruck haben nur Hasenbalg[5]) und nach ihm Friedmann[6]) die Trennung durchgeführt.

Da die uneigentliche Konfusion das Vorhandensein von mindestens zwei Subjekten auf der einen Seite des Obligationennexus voraussetzt, so ist ihre Erscheinung auf die Korrealobligation und die Bürg-

---

[1]) So Hasenbalg a. a. O. S. 656. Friedmann unterscheidet „echte und unechte confusio" a. a. O. S. 1.

[2]) l. 10 D. de a. e. v. 19, 1: Non est novum, ut duae obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrant.

[3]) Siehe § 12.

[4]) a. a. O. § 51 S. 219—222. Savigny, Obl. R. I S. 196 Z. nennt die Fälle „etwas verschieden, aber verwandt" mit denen der eigentlichen Konfusion.

[5]) a. a. O. S. 657.

[6]) a. a. O. S. 1 u. S. 67 § 10.

schaft beschränkt. Die beiden zusammentreffenden Verpflichtungen können entweder in einem gleichgeordneten Verhältnis stehen, wie es der Fall bei der Konfusion zweier Korrealschulden oder zweier Mitbürgschaften ist, oder sie können in einem unterschiedlichen Verhältnis stehen, also ungleichen Ranges sein, wie dies bei der Vereinigung von Hauptschuld und accessorischer Bürgschaftsschuld zutrifft. Die uneigentliche Konfusion aktiver Funktionen desselben Schuldverhältnisses hat nur einen einzigen Anwendungsfall, nämlich die Vereinigung von zwei Korrealforderungen. Mit der Adstipulation ist das Analogon der Bürgschaft, eine accessorische Berechtigung neben einer prinzipalen, verschwunden.

Mit diesen Fällen ist der Kreis der uneigentlichen Konfusion geschlossen, im Gebiete des dinglichen Rechtes findet sie thatsächlich keine Anwendung.

C.

Wenn die Konfusion als das Zusammentreffen zweier Faktoren eines Rechtsverhältnisses in einer Person bezeichnet wird, so ist damit die Konfusion als ein bloßer Vorgang gekennzeichnet. Wenn aber zwei gegensätzliche Faktoren, deren Selbständigkeit den Bestand des betreffenden Rechtsverhältnisses ausmacht, in ein Subjekt zusammenfließen, so geht durch dies Zusammenkommen das ius in re aliena und die Obligation wegen Existenzunmöglichkeit unter. Weil also die regelmäßige Wirkung der Konfusion gegenüberstehender Faktoren Untergang des Rechtsverhältnisses ist, so wird der Ausdruck „Konfusion" von den Quellen sowohl wie heute ebenfalls zur Bezeichnung der Wirkung des Zusammenfließens: nämlich des Untergangs des Rechtsverhältnisses, dessen zwei Faktoren sich vereinigen, verwendet: servitus confunditur, obligatio, actio confunditur heißt: die Servitut, die Obligation geht durch Konfusion unter.[1])

Vielfach wird die Konfusion dinglicher Rechte geradezu als Konsolidation[2]) bezeichnet. Jedoch sind diese beiden Ausdrücke zu scheiden. Denn Konsolidation im weiteren Sinne bezeichnet ganz

---

[1]) Daß dieser Sprachgebrauch aber kein durchgreifender sein kann, ergiebt die in der neueren Litteratur allgemein anerkannte Bezeichnung der Vereinigung zweier Korrealschulden oder Korrealforderungen als Konfusion, denn hier tritt kein Untergang ein.

[2]) Als solida proprietas wird in l. 35. D. de bon. lib. 38, 2 das von Belastungen freie Eigentum bezeichnet (Heimbach bei Weiske III S. 19, 2).

objektiv die Thatsache, daß das durch ein ius in re belastete Eigentum durch Aufhören dieser Belastung die Fähigkeit, seine sämtlichen Befugnisse auszuüben, wiedererlangt. Dabei kommt es nicht in Betracht, wie diese Endigung vor sich ging, ob z. B. das dingliche Recht sein Subjekt verliert, oder ob es durch Eigenarten seines Wesens, z. B. Privation der Emphyteuse, aufhört oder ob es endlich wegen Konfusion zu Grunde gegangen ist. Die Konsolidation ist also erst die unmittelbare Folge der Wirkung der Konfusion.

Häufiger ist der Ausdruck Konsolidation ist einem engeren Sinne, und zwar als Bezeichnung des Zusammentreffens von Nießbrauchsrecht und Eigentum entweder in der Hand des Nießbrauchers [1]) oder in der Hand des Eigentümers. [2]) Hier bedeutet Konsolidation in der That dasselbe wie Konfusion des Usufrukts mit dem Eigentum. [3])

Was insbesondere noch über den Begriff der Konfusion im Obligationenrecht zu sagen ist, läßt sich nicht allein aus ihren Voraussetzungen ableiten, sondern muß aus der Betrachtung ihrer Wirkungen gewonnen werden. Deshalb wird das Wesen der Konfusion von Forderung und Schuld, ihr Verhältnis zu verwandten Tilgungsarten der Obligation erst im dritten Teile [4]) erörtert werden können.

---

[1]) § 3 I. de usufr. 2, 4; l. 3 § 2 u. l. 6 D. quib. mod. u. f. am. 7, 4.

[2]) l. 78 § 2 D. de iure dot. 23, 3.

[3]) Unter Konsolidation versteht man ferner:

1. im Bergrecht: Die Vereinigung zweier oder mehrerer bisher selbständigen Bergwerke zu einem neuen einheitlichen Ganzen (§ 41 des Allgemeinen Berggesetzes für die preußischen Staaten vom 24. Juni 1865).
2. in den Staatswissenschaften: teils die Aufnahme eines Anlehens in den bleibenden, nach festem Plane zu verzinsenden Schuldenstand, teils die Vereinigung mehrerer älteren Anlehen mit verschiedenen Typen in eine neue Gesamtanleihe mit nur einem Typus (Löhr im Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. IV S. 848).

[4]) Siehe § 6.

Zweiter Teil.

Die Vermittlung der Konfusion.

§ 2.

Die Konfusion als das Zusammentreffen zweier gegensätzlichen oder zweier nebeneinanderstehenden Faktoren desselben Rechtsverhältnisses wird herbeigeführt durch einen Subjektswechsel des einen der beiden Faktoren, d. h. durch Uebertragung der einen Funktion von ihrem bisherigen Träger auf den Träger der anderen oder durch gleichzeitige Uebertragung beider Funktionen auf einen Dritten. Sie wird also notwendig vermittelt durch eine Rechtsnachfolge. Diese kann eine Universalsuccession oder eine Singularsuccession sein.

I. Die Rechtsnachfolge in das Gesamtvermögen hat heute nur einen einzigen Anwendungsfall: den Eintritt in die Vermögensstellung eines Verstorbenen seitens des Erben. Sämtliche übrigen Fälle der Universalsuccession können daher aus der Betrachtung ausscheiden.

Mit dem Antritte des Erben gehen unter Zurückbeziehung auf den Zeitpunkt des Todes [1]) die gesamten Rechtsverhältnisse des Erblassers, soweit sie vermögensrechtlichen Inhalts sind, auf den Erben über und vermischen sich mit dessen eigenem Vermögen zu einer „ungetrennten Einheit“. [2])

Damit ist der Erbe denn auch Subjekt der dinglichen und obligatorischen Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers geworden. Sind Verpflichtungen, welchen er als Berechtigter, oder Berechtigungen, denen er als Verpflichteter gegenübersteht, im hinterlassenen Vermögen, so tritt im Augenblick des Erbschaftsantritts Konfusion in seiner Person ein.

Es heißt jedoch geradezu den Begriff der Konfusion als Zusammenfließens zweier Faktoren eines Rechtsverhältnisses in einem Rechtssubjekt leugnen, wenn man mit Puchta [3]) und von Scheurl [4]) annimmt, daß sich die in der hereditas iacens verkörpernde Persönlichkeit des Erblassers auch noch weiter über den Erbschaftserwerb hinaus erstrecke und daß trotz der „faktischen Vermischung

---

[1]) Windscheid a. a. O. III § 531 N. 13 S. 13.

[2]) Windscheid a. a. O. III § 605 S. 198, Dernburg, Pand. III § 169 c.

[3]) Vorles. II § 447 S. 317.

[4]) Beiträge z. L. d. R. R. S. 41.

der Güter" nicht auch eine rechtliche eintrete. Denn wenn der Erbe das rechtlich gesonderte Erbschaftsvermögen nur als Vertreter der Persönlichkeit des Erblassers hätte, so blieben die Rechte des Erben und die der hereditas in zwei getrennten Subjekten; eine Konfusion, eine Vereinigung in einem Subjekt träte somit garnicht ein, so daß ihre Wirkungen unerklärt blieben.

Im übrigen ist diese Theorie Puchtas seit ihrer Bekämpfung durch Ihering[1]) gänzlich von der herrschenden Meinung[2]) verlassen worden, so daß auf eine weitere Ausführung der zu ihrer Widerlegung so überzeugend vorgebrachten Gründe hier verzichtet werden darf. — —

Die Vermischung der beiden Vermögensmassen, welche der Erbschaftserwerb bewirkt und welche die Rechte und Pflichten des Erblassers zu Rechten und Pflichten des Erben macht, schließt aber nicht aus, daß unter gewissen Maßnahmen der erworbene Nachlaß noch als ein besonderes, selbständiges Vermögen erscheint. Wenn der Erbe nämlich unter der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, so ist nach l. 22 § 9. C. de iure delib. 6,30. — Sin vero et ipse aliquas contra defunctum habebat actiones, non eae confundantur, sed similem aliis creditoribus per omnia habeat fortunam — eine Konfusion der Berechtigung des Erben und der Verpflichtung des Erblassers nicht eingetreten, denn wegen der Inventarserrichtung wird der Nachlaß rechtlich als gesonderte Masse betrachtet, so daß sich die beiden Faktoren des Rechtsverhältnisses noch getrennt gegenüberstehen. Gleichermaßen darf dann aber auch keine Vereinigung der Berechtigung des Erblassers mit der Verpflichtung des Erben eintreten, wie Windscheid mit Recht folgert.[3])

Dieselbe Erscheinung muß sich ergeben, wenn die Nachlaßgläubiger ihr Absonderungsrecht geltend gemacht haben. Zwar nimmt Dernburg[4]) an, daß die Konfusion nur zu Gunsten der Erbmasse verhindert werde; allein es sollen die Gläubiger durch die Separation

---

[1]) Abhandl. III S. 239—245.

[2]) Vergl. Windscheid a. a. O. III § 528 N. 5—7, § 605 S. 198; Fitting a. a. O. S. 102 § 16; Baron a. a. O. S. 340, welche sie als durchaus quellenwidrig verwerfen.

[3]) Windscheid a. a. O. III § 606 N. 14, ebenso Friedmann a. a. O. S. 41. — Dernburg Pfandrecht II S. 590 nimmt hingegen Eintritt der Konfusion an, nennt sie aber eine „unvollständige". — Vergl. ders. Pand. III § 171.

[4]) a. a. O. II. S. 590.

nur einen Schutz gegen die Überschuldung des Erben, nicht aber einen Vorteil erhalten, wie dies der Fall wäre, wenn nur für die Berechtigung, nicht aber auch für die Verpflichtung der Erbmasse die Konfusion verhindert würde.

Die bereits eingetretene Konfusion wird mit rückwärtshin wirkender Kraft wieder aufgehoben, wenn sich der Grund, der sie herbeiführte, als ungültig erweist; es tritt ipso iure der Zustand ein, welcher vor Eintritt der Konfusion bestanden hat. Der wichtigste Fall dieser Art ist der der siegreichen Geltendmachung der Inoffiziositätsquerel: der Erbe erweist sich durch Umstoßung des Testaments, auf Grund dessen er die Erbschaft erwarb, als Nichterbe. Dadurch daß der Erbschaftserwerb sich als ungültig ergiebt, stellt sich heraus, daß die Konfusion nur scheinbar erfolgt[1]) ist, daß in Wirklichkeit Berechtigung und Verpflichtung niemals zusammengetroffen sind und deshalb auch jetzt noch in getrennten Subjekten fortbestehen. Dies findet seine ausdrückliche Bestätigung in l. 57 pr. D. de usufr. 7, 1, Papinianus:

> Dominus fructuario praedium, quod ei per usum fructum serviebat, legavit, idque praedium aliquamdiu possessum legatarius restituere filio, qui causam inofficiosi testamenti recte pertulerat, coactus est: mansisse fructus ius integrum ex postfacto apparuit.

Und dasselbe für obligatorische Rechte: l. 21 § 2 D. de inoff. test. 5, 2, Paulus:

> Idem respondit evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset: et ideo et petitionem integram debiti heredi instituto adversus eum qui superavit competere et compensationem debiti.

II. Bei der Betrachtung des Subjektswechsels, der sich durch Singularsuccession vollzieht, muß sich ein Unterschied zwischen den dinglichen und den persönlichen Rechten herausstellen.

Bei ersteren nämlich wechselt die Verpflichtung ihr Subjekt durch jedwede Art der Eigentumsübertragung, weil der Träger der Verpflichtung hier erst durch das am belasteten Objekt stattfindende

---

[1]) So mit Recht Dernburg, Pandekten, II § 67 Anm. 6, während Windscheid a. a. O. I § 215 N. 10 Wiederherstellung „durch richterliche Verfügung" annimmt.

Eigentumsrecht bezeichnet wird. Ein Analogon hierfür findet sich im römischen Obligationenrecht in der Gestaltung der Noxalklagen. Auch hier machte die Verpflichtung jede Eigentumsübertragung des Sklaven oder des Tiers mit, welches den Noxalanspruch des Beschädigten hervorgerufen hatte: noxa caput sequitur.

Die dingliche Berechtigung wechselt, sofern sie, wie die Prädialservitut, an eine Sache geknüpft ist, ihr Subjekt mit jedem neuen Eigentumserwerb am herrschenden Grundstück. Die Nießbrauchsberechtigung hingegen ist als höchstpersönliches Recht eines Subjektswechsels unfähig, jedoch kann Rückübertragung derselben an den Eigentümer stattfinden.[1]) Emphyteutische und superfiziarische Rechte sind nach denselben Grundsätzen wie das Eigentum zur Übertragung geeignet.[2])

Das Pfandrecht folgt als unselbständiges Recht der Forderung, unterliegt somit den für die Übertragung von Obligationen geltenden Sätzen.

Diese sind für das heutige Recht insofern andere, wie für das römische, als die herrschende Meinung[3]) mit Recht die Übertragbarkeit der Obligation mit ihrem Begriffe für vereinbar hält, so daß der Cessionar nicht mehr wie in Rom nur ein Recht auf Ausübung einer fremden Forderung erwirbt, sondern mit dem Cessionsakt uneingeschränkt das Forderungsrecht des Cedenten als wahrer Gläubiger erhält. Weiter kennt das heutige Recht das Institut der Schuldübernahme, nach welchem an die Stelle des bisherigen Schuldners vertragsmäßig ein Anderer treten kann, ohne daß die Obligation ihrer Identität verlustig geht. Es kann sich also der für die Konfusion erforderliche Subjektswechsel im Obligationenrecht sowohl durch Abtretung der Forderung wie durch Schuldübernahme vollziehen, indem der Schuldner durch Cession in die Gläubigerstellung und der Gläubiger durch Schuldübernahme in die Schuldnerstellung succediert. Sobald der Übergang aber stattgefunden hat, tritt die Konfusion in der Person des Cessionars oder Schuldübernehmers ein.[4]) Daß eine derartige Cession der Forderung an ihren Schuldner ein „gehaltloser Akt" sei, wie das Oberappellationsgericht Rostock[5]) ausführt und „den Übergang der Forderung auf den

---

[1]) § 3 I. de usufr. 2, 4. Windscheid a. a. O. I § 203 N. 5.

[2]) Windscheid a. a. O. I § 221 S. 663; Dernburg Pand. I § 260.

[3]) Windscheid a. a. O. II § 329 N. 10; Dernburg, Pand. II § 48; dagegen Vangerow a. a. O. III § 574 Anm. 1[1] S. 103 ff.

[4]) Näheres siehe § 5.

[5]) Budde a. a. O. VIII S. 127.

Schuldner nicht bewirken könne", wird mit Recht von der herschenden Meinung[1]) nicht anerkannt. Wir werden auf diese Ansicht erst bei Betrachtung der Konfusion im Obligationenrecht einzugehen in der Lage sein.[2])

Wenn nunmehr zur Betrachtung der Wirkungen der Konfusion übergegangen wird, so ergiebt sich aus der ermittelten Unterscheidung von eigentlicher und uneigentlicher Konfusion, daß die Wirkungen beider Arten gesondert zu behandeln sind. Bei der zunächst zu untersuchenden eigentlichen Konfusion werden zuvörderst die dinglichen Rechte und alsdann die obligatorischen erörtert werden.

Dritter Teil.

Die Wirkungen der Konfusion nach gemeinem römischen Recht.

Erster Abschnitt.

Die Wirkungen der eigentlichen Konfusion.

Erstes Hauptstück.

Die Konfusion dinglicher Rechte mit dem belasteten Eigentum.

§ 3.

Die Konfusion von Servitut und Eigentum.

Das älteste dingliche Recht[3]) an fremder Sache gewährt bestimmte Befugnisse zu Gunsten einzelner Personen oder Grundstücke.

Der Servitut nahe verwandte Rechte sind die Superfizies und die Emphyteuse. Auch sie sind, wie der Nießbrauch, Gebrauchs- und Nutzungsrechte an fremder Sache, nur in umfassenderer Weise, so daß das Eigentumsrecht aller seiner Befugnisse entkleidet und aus seiner Stellung zur Sache als „überwiegendes Recht" [4]) verdrängt ist. Wir betrachten hier nur die Servituten. Die für diese geltenden Prinzipien

---

[1]) Dernburg, Pand. II § 67 Anm. 4; Windscheid, II § 352 N. 5 a. E.

[2]) Siehe § 5.

[3]) Dernburg Pand. I § 192.

[4]) Windscheid a. a. O. I § 200 S. 600.

werden aber auch auf die so nahe verwandten Rechte, Superfizies und Emphyteuse, für welche besondere Quellenentscheidungen fehlen, Anwendung finden müssen.

Die Grundgerechtigkeit setzt zwei Grundstücke mit zwei selbständigen Eigentümern voraus: der Eigentümer des praedium dominans ist berechtigt, die Benutzung auszuüben, der des praedium serviens ist verpflichtet, des anderen Benutzung zu dulden. Bei der einzigen heute noch praktischen Personalservitut, dem Nießbrauch, stehen sich in gleicher Weise der Nießbraucher als Berechtigter und der Eigentümer als Verpflichteter gegenüber.

A.

Erwirbt der Eigentümer des einen Grundstücks zufällig oder absichtlich das andre oder der Nießbraucher das Eigentum, so vereinigen sich Servitutberechtigung und belastetes Eigentum in einer Hand. Die Wirkung dieser Vereinigung ist notwendig das Erlöschen der Servitut:

l. 30 pr. D. de S. P. U. 8, 2, Paulus: Si quis aedes, quae suis aedibus servissent, cum emisset, traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est. . . .

§ 3. I. de usufr. 2, 4: Item finitur usus fructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur: vel ex contrario si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur.

l. 1. D. quemadm. serv. 8, 6; l. 31. D. de S. P. R. 8, 3.

Die Quellen begründen den Untergang der Servitut mit der Formel:

Nulli res sua servit (l. 26. D. de S. P. U. 8, 2).

Non potest domino suus fundus servire (l. 5. D. s. us. fr. pet. 7, 6).

Sie drückt eben nur aus, daß der Bestand der Servitut dadurch bedingt ist, daß die dienende Sache in fremdem Eigentum steht. Sobald die Alienität aufhört, fehlt ein Lebenselement: der notwendige Widerstreit zweier entgegengesetzten Interessen.

Im Moment des Erlöschens der Servitut erhält das bisher eingeschränkte Eigentum die Fähigkeit, seine Kraft voll zu entfalten und seine Befugnisse auch auszuüben. Demzufolge nutzt nunmehr der einstige Servitutberechtigte in Bethätigung seines Eigentumsrechts:

l. 5. D. si us. fr. pet. 7, 6, Ulpianus: Qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet.

Aus der Thatsache, daß Konfusion Untergang wegen Daseinsunmöglichkeit bewirkt, ergiebt sich mit Notwendigkeit, daß die Vernichtung der Servitut eine vollkommene ist. Dies geht auch aus den Ausdrücken der Quellen hervor:

sublata servitus est (l. 30 pr. D. de S. P. U. 8, 2),
extingui servitutem (l. 10 D. com. pr. t. urb. q. r. 8, 4).

Weil der Zustand vor ihrer Bestellung wiedereingetreten ist, ist es auch ausgeschlossen, daß bei späterer Trennung der beiden Grundstücke die Servitut etwa wiederersteht. Für den Fall des späteren Verkaufs betont dies Paulus ausdrücklich:

si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est: alioquin liberae veniunt.

Da die Servitut wegen Existenzunmöglichkeit zu Grunde gegangen ist, ist ein späteres Wiederaufleben derselben, wie die ältere Theorie: Glück, Elvers und Holtzschuher[1]) es verteidigt, nicht denkbar. Mit Recht betont Dernburg[2]) es als ein „durchgreifendes Prinzip des römischen Rechts, daß ein einmal erloschenes Verhältnis für immer abgethan bleibt“.

Wohl aber hat unter gewissen Umständen bei späterem Eigentumswechsel der dritte Erwerber ein rein persönliches Recht gegen den veräußernden Eigentümer, kraft dessen er Bestellung einer neuen Servitut von dem Inhalte der durch Konfusion erloschenen verlangen kann.[3]) So darf namentlich beim Verkauf einer angefallenen Erbschaft der Käufer auf Grund des Kaufvertrages Wiederherstellung der durch Konfusion in der Hand des Erben erloschenen Servituten mit der persönlichen Kaufklage fordern, präciser ausgedrückt: Bestellung von neuen Servituten von dem Inhalte der untergegangenen.[4])

B.

Weiter ist die Frage aufzuwerfen: Wie wirkt die Konfusion, wenn nicht das ganze Eigentumsrecht mit der Servitut zusammentrifft, sondern der Servitutberechtigte nur Miteigentümer der belasteten Sache wird oder umgekehrt? — Es wird sich hier ein Unterschied zwischen

---

[1]) Glück, Bd. X S. 261; Elvers a. a. O. S. 126; Holtzschuher a. a. O. II § 117 S. 438.

[2]) Pfandrecht II S. 568, und Preuß. Priv.-Recht II § 103 S. 258: „Ein einmal aufgehobenes Recht kann nicht wieder zur Geltung kommen.“

[3]) Dernburg, Pfandrecht II S. 568; Friedmann a. a. O. S. 5.

[4]) l. 2. § 19. D. de h. v. a. v. 18, 4; l. 9 D. com. praed. t. u. q. r. 8, 4.

den Grundgerechtigkeiten und dem Nießbrauch ergeben, denn erstere sind unteilbar, während der Nießbrauch als teilbares Recht gilt.[1])

I. Wenn man den Grundsatz der Unteilbarkeit der Prädialservituten in Verbindung bringt mit der Regel: nulli res sua servit, so ergiebt sich, wie Elvers[2]) bemerkt, zunächst nur die Alternative, daß entweder dem Berechtigten der Erwerb der Miteigentumsquote unmöglich ist oder daß die Servitut ganz erlischt, und das letztere würde dem „Streben des römischen Eigentums nach Konsolidation“ [3]) entsprechen. Und doch soll beides nach den Quellen nicht der Fall sein: denn erwirbt der Berechtigte eine Quote des praedium serviens oder der Verpflichtete einen Anteil am praedium dominans, so erhält sich die Servitut in vollem Umfange; mithin hat die Regel: nulli res su servit eine Einschränkung erfahren:

l. 30 § 1 D. de S. P. U. 8, 2, Paulus: Si partem praedii nanctus sim, quod mihi aut cui ego serviam, non confundi servitutem placet, quia pro parte servitus retinetur. itaque si praedia mea praediis tuis serviant et tuorum partem mihi et ego meorum partem tibi tradidero, manebit servitus.

l. 8 § 1 D. de servit. 8, 1, Paulus: Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero sive tu mei, per partes servitus retinetur.

Die Miteigentumsanteile der übrigen Condomini, welche an der Vereinigung nicht teilnehmen, erhalten die Servitut ganz; ihr Miteigentum läßt die Sache dem Berechtigten als eine fremde erscheinen, weil der notwendige Widerstreit der entgegengesetzten Interessen von Berechtigung und Belastung noch Vertreter in den Personen der Miteigentümer findet. Der Fall der Existenzunmöglichkeit ist also nicht eingetreten und da die Servitut als unteilbares Recht nicht teilweise erlöschen kann, so bleibt sie durch die fremden Miteigentumsanteile ganz vor dem Untergange bewahrt:

per partes (sc. condominorum) retinetur.[4])

---

[1]) l. 14. D. q. mod. usf. am. 7, 4.

[2]) a. a. O. S. 129.

[3]) Friedmann a. a. O. S. 6.

[4]) Mit Recht bezieht Steinlechner a. a. O. II § 38 S. 206 f., dem sich auch Friedmann a. a. O. S. 6 A. 11 angeschlossen hat, den Ausdruck „per partes“, „pro parte“ auf den Teil des Eigentums. — Anders Windscheid a. a. O. I § 209 N. 18 a. E. S. 628.

Da sie aber in vollem Umfange fortbesteht, so muß sie für die Miteigentumsquote des Berechtigten (oder vice versa) thatsächlich als Servitut zum Teil an eigener Sache bestehen.

Damit ergiebt sich eine wichtige Modifikation für den Grundsatz der vernichtenden Wirkung der Konfusion: Nur dann geht das zur Konfusion gelangende Rechtsverhältnis zu Grunde, wenn vollkommen die Trägerschaften der beiden gegenüberstehenden Faktoren in einer Person zusammentreffen, so daß kein Subjekt noch außerhalb der Vereinigung steht, welches auch nur zu einem Teile den existenzbedingenden Widerstreit noch zu vertreten imstande ist. Mit anderen Worten: Die Konfusion übt nur dort vernichtende Wirkung aus, wo die beiden sich vereinigenden Seiten des Rechtsverhältnisses gleich sind, wo sich völlige Berechtigung mit völliger Verpflichtung deckt.[1])

Eine Bestätigung des aufgestellten Grundsatzes giebt

l. 31 D. de S. P. R. 8, 3 Julianus,

auf deren Bedeutung für die Konfusionslehre Ihering[2]) hingewiesen hat:

A ist berechtigt, Wasser von B's fundus über den des C auf sein Grundstück zu leiten. Darauf erwirbt er das Grundstück des B und verkauft später sein eigenes. Die Servitut ist nicht durch Konfusion erloschen, entscheidet Julian:

negavit amisisse servitutem, quia praedium, per quod aqua ducebatur, alterius fuisset et quemadmodum servitus summo fundo, ut in imum fundum aqua veniret, imponi aliter non potuisset, quam ut per medium quoque fundum duceretur, sic eadem servitus eiusdem fundi amitti aliter non posset, nisi eodem tempore etiam per medium fundum aqua duci desisset aut omnium tria simul praedia unius domini facta essent.[3])

Der mittlere fundus in fremder Hand hat die Servitut vor dem Untergang bewahrt. Während der Vereinigung des imus und des summus fundus in einer Hand vertrat der Eigentümer des mittleren fundus den Gegensatz von Berechtigung und Belastung: folglich blieb die Servitut ganz bestehen, zum Teil als Servitut an eigener Sache; nur vermochte sie für den summus fundus nicht ausgeübt zu werden, weil der Eigentümer kraft Eigentumsrechts sein Wasser dort leitete:

---

[1]) Ihering, Jahrb. X S. 447. Friedmann a. a. O. S. 7.

[2]) Jahrb. X S. 450.

[3]) Einen ähnlichen Fall entscheidet ebenso l. 15 D. quemadm. serv. am 8, 6.

sie ruhte also,[1]) kommt mit der Trennung aber zu Vollkraft. Erloschen jedoch wäre sie, sobald der Berechtigte auch den medius fundus dazu erworben hätte, denn dann würde sich volle Berechtigung mit voller Verpflichtung in seiner Person zusammengefunden haben, ohne daß noch ein am Rechtsverhältnis beteiligtes Subjekt außerhalb der Vereinigung gestanden hätte.

II. Ein anderes Prinzip muß für den Nießbrauch gelten, denn er ist seinem Wesen nach ein teilbares Recht. Erwirbt der Nießbraucher eine Miteigentumsquote oder einer von mehreren Nießbrauchsberechtigten an derselben Sache das Eigentum, so erlischt der Nießbrauch für diesen Teil durch Konfusion. Weil er ein teilbares Recht ist, hat der Teil des außerhalb der Vereinigung Stehenden nicht die Kraft, den Usufrukt ganz zu erhalten. Dieser Erscheinung ist das Prinzip zu entnehmen, daß, wenn Berechtigung und Verpflichtung gleichermaßen teilbar sind, beim Zusammentreffen von nicht völliger Berechtigung und Verpflichtung partielle Vernichtung, nämlich der sich deckenden Quoten eintritt.

C.

Ist ein Grundstück, welchem eine Servitut am Grundstück des Erben zustand, einem Dritten vermacht, so nehmen die Quellen an, daß durch den Erbschaftserwerb seitens des Erben die Servitut durch Konfusion erlösche. Jedoch legen sie dem Erben die Pflicht auf, sie bei Übertragung der Sache neu zu bestellen.[2])

Ein derartiger Untergang kann jedoch beim Vindikationslegat nicht stattgefunden haben; denn weil dort ea quae legantur recta via ab eo qui legavit ad eum cui legata sunt transeunt,[3]) so trafen Berechtigung und Belastung in der Hand des Erben überhaupt nie zusammen.

Seitdem jedoch Justinian dem Vermächtnisnehmer in

---

[1]) Vom Ruhen der Rechte sagt Windscheid a. a. O. I § 65 S. 161 trefflich: „Das Recht ist in einer Lage, in welcher es seine Wirksamkeit nicht entfalten oder nicht voll entfalten kann; aber diese Lage kann sich ändern, und dann ist das Recht in voller Wirksamkeit vorhanden, ohne daß es neu erzeugt zu werden braucht."

[2]) l. 116 § 4 D. de leg. I: Florentinus: fundus legatus talis dari debet qualis relictus est. Itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit sive ei fundus heredis licet confusione dominii servitus exstincta sit, pristinum ius restituendum est. l. 18 § 1 D. de serv. 8, 1; l. 70 § 1 D. de leg. I.

[3]) l. 65 (64) D. de furtis 47, 2 und l. 80 D. de leg. II.

l. 1 C. comm. de leg. 6, 43
ein festes dingliches Recht an der vermachten Sache gegeben hat und ihn dadurch unmittelbar zum Eigentümer der vermachten Sache, hier also des fundus dominans und damit auch zum Inhaber der Servitutberechtigung gemacht hat, müssen diese Quellenentscheidungen als antiquiert angesehen werden; denn so lange noch die vermachte Sache mit der vermachten Berechtigung in der Hand des Erben sich befindet, muß ihm die Sache wegen des auf ihr und auf der Servitut lastenden dinglichen Rechts des Legatars als eine fremde erscheinen. Das im Moment des Erbschaftsantritts entstehende dingliche Recht verhindert von vornherein die zerstörende Wirkung der Konfusion, weil der Legatar vermöge seines Rechts die Berechtigung gegenüber der Verpflichtung des Erben als Eigentümer des fundus serviens vertritt, somit der Fall der Existenzunmöglichkeit nicht gegeben ist. Die Servitut bleibt bestehen[1]), nur ruht sie bis zur Besitzübertragung an den Legatar.[2])

Die Frage, wie es mit der Wirkung der Konfusion beim Universalfideikommiß steht, wenn z. B. ein fundus dominans sich im Nachlaß befindet, welchem ein fundus des Erben dient, beantwortet die l. 75 (73) § 1 D. ad S. C. Treb. 36, 1 Maecinanus: Cum ex Trebelliano S. Co. restituitur hereditas, servitutes, quas mutuo praedia heredis et testatoris habent, nihilominus valent.

Die Meinungen über die Bedeutung dieser Stelle sind geteilt.

Außer Donellus[3]) und Lauterbach[4]) nehmen Dernburg[5]) und Windscheid[6]) hier, weil der Erbe mit Antritt des Nachlasses — anders wie beim Vermächtnis — Eigentümer der Nachlaßobjekte wird, an, daß die Servitut durch Zusammentreffen mit dem Eigentum erlösche, mit der Restitution aber „unmittelbar", „von selbst" „wieder auflebe".

Da wir oben[7]) die Ansicht von dem selbständigen Wiederaufleben der dinglichen Rechte abgewiesen haben, so kann ihr auch hier nicht beigetreten werden; denn ist ein Recht einmal untergegangen, so kann

---

[1]) Vergl. Ihering, Jahrb. X S. 450. Friedmann a. a. O. S. 10.
[2]) Dernburg, Pand. III § 99.
[3]) Commentar. iuris civ. VIII 28 § 12.
[4]) Lauterbach a. a. O. These 12, S. 7.
[5]) Dernburg, Pand. III. § 120[2] Anm. 4.
[6]) Windscheid a. a. O. III. § 665 N. 4a S. 358.
[7]) Siehe Seite 17.

nur ein neues mit gleichem Inhalt bestellt werden. Geschieht aber solche Neubestellung nicht, wie im Fall der lex 75, so ist dies ein Beweis dafür, daß kein Untergang erfolgt sein kann. Letztere Ansicht vertritt allem Anschein nach Ihering,[1] dem sich Friedmann[2]) angeschlossen hat. Unzweifelhaft heißt valent servitutes nach allgemeinem Sprachgebrauch: die Servituten sind bei Kräften geblieben, nihilominus: trotz der Vereinigung mit dem Eigentum sind sie nicht untergegangen. Diese Entscheidung steht auch durchaus im Einklange mit dem gefundenen Prinzip der Konfusionswirkung, so daß es als eine Bestätigung desselben gelten muß. Das sichere Anrecht des Universalfideikommissars auf das künftige Eigentum verhindert hier, wiewohl es nur ein persönliches Recht ist, den Eintritt der vernichtenden Wirkung der Konfusion, weil der Universalfideikommissar vermöge seiner Aussicht auf künftiges Eigentum so an der zusammenkommenden Berechtigung beteiligt ist, daß er zur Vertretung des Interessengegensatzes dem Fiduciar gegenüber befähigt erscheint. Es treffen demnach nicht alle am Rechtsverhältnis beteiligten Faktoren in der Person des Erben, der zwar vollkommen verpflichtet, aber nicht vollkommen berechtigt erscheint, zusammen. Deshalb bleibt die Servitut bestehen: valet, aber sie ruht bis zur Restitution an den Universalfideikommissar.

D.

Bei dem weiteren Durchgehen der Erscheinungen, welche die Konfusion von Servitutberechtigung mit dem belasteten Eigentum aufweist, muß sich die Frage aufdrängen: wie steht es mit der Wirkung der Konfusion, wenn auf dem mit dem Eigentum sich vereinigenden dinglichen Rechte ein vom Servitutberechtigten bestelltes dingliches Recht eines Dritten lastet? z. B. der Usufruktuar hat die Ausübung[3]) seines Nießbrauchs einem Dritten übertragen und erwirbt hernach das Eigentum; oder ein praedium dominans ist von seinem Eigentümer zum Nießbrauch gegeben und gelangt in die Hand des Eigentümers des praedium serviens; endlich ein völlig analoger Fall: ein Emphyteuta hat die Emphyteuse verpfändet, später beerbt er den Proprietar.

Soll hier das Zusammentreffen von dinglichem Recht mit be-

---

[1]) Jahrb. X S. 451.

[2]) Friedmann a. a. O. S. 11 Anm. 22.

[3]) Dernburg, Pand. I § 246 Anm. 7; Windscheid a. a. O. I § 205 S. 614; Kohler, Pfand. Forsch. S. 191; Reichsgericht, Entsch. Band XVI Nr. 20 S. 111.

lastetem Eigentum zerstörende Wirkung haben, wo das ius in re dem wohlerworbenen dinglichen Nebenrechte eines Dritten unterliegt?

Die Frage ist von hoher wirtschaftlicher Bedeutung, in der Entscheidung gehen aber die Meinungen weit auseinander.

1. Dernburg,[1]) Sohm[2]) und Bremer[3]) nehmen Untergang des ius in re und damit auch Erlöschen des Nebenrechts wegen Objektsmangels an.

Dernburg geht dabei von der Ansicht aus, daß die Konfusion „absoluter Grund des Unterganges der Grundgerechtigkeiten, nirgends bloß relativer sei.“ Wenn er für die Verpfändung der Emphyteuse Fortdauer des Pfandrechts trotz stattgehabter Konfusion der Emphyteuse annimmt, so beruht dies auf seiner Lehre,[4]) daß der Emphyteuta kraft seiner eigentumsanalogen Stellung nicht sein Recht, sondern direkt den fundus belaste.

Bremer und Sohm halten im Hinblick auf l. 8 pr. D. q. m. p. v. h. s. 20, 6 Marcianus:

> Sicut in re corporali extincta ita et usu fructu extincto pignus hypothecave perit

das Erlöschen des dinglichen Nebenrechts für eine „juristische Notwendigkeit.“

Die Entscheidung derselben ist hart; giebt sie doch den Drittberechtigten ganz in die Hand seines Bestellers, welcher durch Erwerb des Eigentums oder Abtretung seines Rechts an den Proprietar — also durch bloßen Willensakt — das vom ihm bestellte Recht zum Erlöschen bringen kann. Dem Satze, daß Konfusion stets absoluter Beendigungsgrund sei, darf aber angesichts der bislang aus den Quellen abgeleiteten Prinzipien durchaus nicht zugestimmt werden.

2. Die herrschende Meinung hingegen vertritt die Ansicht, daß wohlerworbene Rechte Dritter durch das Zusammentreffen des beschwerten ius in re mit dem belasteten Eigentum nicht beeinträchtigt werden dürfen. Exner,[5]) Bremer[6]) und Hartmann[7]) nehmen auf Grund ihrer pfandrechtlichen Theorien Fortbestand eines vom dinglich Be-

---

[1]) Pand. I § 273, Anm. 4; Pfandr. I § 62, S. 488.

[2]) a. a. O. S. 39.

[3]) a. a. O. S. 154, über seine Behandlung des Pfandrechts siehe unten.

[4]) Pfandrecht I S. 221.

[5]) a. a. O. S. 68.

[6]) a. a. O. S. 167.

[7]) a. a. O. S. 90 u. 91.

rechtigten bestellten Pfandrechtes an, teils weil sie in der Verpfändung eines ius in re (Nießbrauch, Superfizies) eine unmittelbare Erfassung der Sache sehen,[1]) teils weil sie, trotz des Erlöschens des ius in re durch die Konfusion, dem Pfandgläubiger das Recht zuschreiben, verkaufsweise das ehemals verpfändete Recht neu zu begründen.[2])

Die Behandlung der Frage muß jedoch eine für alle dinglichen Rechte gemeinsame sein, und als solche fassen sie auch Kohler[3]) und das Reichsgericht,[4]) welches ihm im wesentlichen folgt, auf. Wenn der dinglich Berechtigte, führen sie aus, sein Recht dinglich belaste, so geschehe dies bis zu den „normalen objektiven Beendigungsfaktoren." Die Endigungsgründe, welche von dem Willen des Bestellers abhängen, seien mithin seiner Disposition entrückt und nicht imstande, den Drittberechtigten um sein Recht zu bringen. — Die Ausführungen geben das nur zu billigende Resultat, nur bedürfte die Begründung einer schärferen Fassung.

Für uns ergiebt sich die Entscheidung der Frage aus den oben gefundenen Sätzen. Ebenso wie bei dem Zusammentreffen der Servitut und einer Miteigentumsquote und der universalfideikommissarisch beschwerten Berechtigung mit dem Eigentum des Fiduziars keine Vernichtung des ius in re eintrat, weil nicht das gesamte Rechtsverhältnis sich in einem Subjekt vereinigte, ebensowenig kann auch hier das Zusammenkommen von belastetem ius in re mit dem Eigentum eine zerstörende Wirkung ausüben. Denn es fließen nicht völlige Berechtigung und völlige Verpflichtung zusammen; der Afterberechtigte vertritt nämlich noch einen Teil des dinglichen Rechts und dieser Teil hindert das Erlöschen und bewahrt, da sie beide innig mit einander verknüpft sind, die dingliche Berechtigung vor dem Untergang; sie würde durch Konfusion erst erlöschen, wenn sich auch das Nebenrecht mit dem Eigentum vereinigte. Die Grundgerechtigkeit, der Nießbrauch und die Emphyteuse bestehen an eigener Sache wegen des auf ihnen lastenden Nießbrauchs oder Pfandrechts fort[5]), welches die Be-

---

[1]) Exner S. 68 und Hartmann S. 90.

[2]) Bremer S. 167 (Vergl. Hartmann S. 91).

[3]) Pfandrechtl. Forsch. S. 191.

[4]) Entscheid. XVI Nr. 20 S. 111 und Windscheid a. a. O. § 206 Note 4 Bd. I S. 614.

[5]) S. Jhering, Jahrb. X S. 450 Nr. 2 und Kohler, Abhandl. S. 302 und 306.

rechtigung wie in fremder Hand befindlich erscheinen läßt. Aber sie bestehen nicht bloß relativ für den Drittberechtigten, wie Kohler[1]) sagt, sondern absolut und ganz fort, sie dauern um mit Ihering[2]) zu sprechen „auch für den Eigentümer wegen der Anrechte der Dritten fort."

Auch Windscheid[3]) hält dafür, daß hier das Recht „nur noch für eine gewisse Person, den Drittberechtigten vorhanden bleibe, im übrigen aber untergehe." Er begründet dies, indem er sagt, „er sehe für die Fortdauer der Dienstbarkeit auch für den Eigentümer keinen Grund."[4])

Allein wenn einmal die Erhaltung des mit dem belasteten Eigentum zusammengetroffenen dinglichen Rechts festgestellt ist, so liegt es doch wohl am nächsten, an die regelmäßige Existenzform der Rechte zu denken, also von dem vollen Bestehen auch dieses Rechts auszugehen und erst, wenn ein Grund für die Unzulässigkeit dieser Unterstellung und für die nur relative Existenz gefunden ist, eine solche anzunehmen. Wird doch durch die Annahme einer Relativität des Bestandes, wo eine solche nicht geboten ist, die Harmonie des Rechts gestört und damit die Klarheit der Rechte getrübt und die Leichtigkeit ihrer vollen Ausbeutung dem Rechtssubjekt benommen.

Während nun aber ein stichhaltiger Grund für ein nur relatives Nichterlöschen nicht anzuführen ist, lassen sich wohl Gründe für die absolute Fortdauer des beschwerten dinglichen Rechts geltend machen. Ein Nießbrauchsberechtigter z. B. hat die Ausübung seines Rechts einem Dritten übertragen. Demnächst erwirbt er das Eigentumsrecht an der belasteten Sache; veräußert diese aber bald wieder an eine vierte Person. Geht nunmehr aus irgend einem Grunde die Ausübungsberechtigung des Dritten zu Ende, so wird dadurch bei Annahme relativer Verhinderung der Konfusionswirkung die Sache lastenfrei, bei absoluter Verhinderung hingegen dauert der Nießbrauch fort. Zu der letzten Entscheidung drängt aber die obwaltende Sachlage. Denn da die vierte Person beim Erwerbe der nuda proprietas der Sache den Dritten diese Sache nutzen sah und wußte, daß dieser nur die

---

[1]) Abhandl. S. 306.

[2]) Jahrb. X S. 450, ebenso Friedmann S. 14.

[3]) Windscheid a. a. O. Bd. I: § 65 N. 6 S. 161; § 205 N. 4 S. 614; § 215 N. 9 S. 648.

[4]) a. a. O. § 65 N. 6 Bd. I S. 161.

Befugnisse des Veräußerers als des Nießbrauchsberechtigten ausübte, so war sie zu der Überzeugung gezwungen, daß auch das Nießbrauchsrecht noch auf der Sache ruhte; denn ohne dies wäre die Ausübungsbefugnis des Dritten doch unmöglich gewesen.

Deswegen hat sie beim Erwerbsgeschäfte nur den Erwerb einer mit dem Nießbrauchsrechte des Veräußeres belasteten Sache ins Auge fassen und dafür den Entgelt leisten können. Eine vor den gewöhnlichen Endigungsgründen stattfindende, gegen den Willen des Nießbrauchsberechtigten gehende Beendigung des Nießbrauchs würde bei der Sachlage also ungerechtfertigt sein und muß dementsprechend verworfen werden.

Wohl aber ist die Existenz der fortbestehenden dinglichen Rechte in einer anderen Weise eine „abgeschwächte" im Sinne Windscheids. Weil nämlich der Eigentümer kraft Eigentumsrechts die belastete Sache nutzt, ist die Ausübung der begrenzten Rechte gehemmt. Deshalb sind sie als ruhende Rechte zu charakterisieren, welche mit der Trennung vom Eigentum zu Vollkraft wieder gelangen oder, sofern Recht und Belastung noch in derselben Hand sind, mit dem Untergange des Rechts des Dritten erlöschen.

Die notwendige Konsequenz des Ausgeführten ist, daß auch die vernichtende Wirkung der Konfusion abgewehrt wird, wenn das durch Servituten belastete Eigentum als solches einem dinglichen Rechte unterliegt. Dies Ergebnis erweist sich auch in Ansehung der praktischen Folgen als durchaus billig. Es hat z. B. der durch einen Nießbrauch beschränkte Eigentümer ein Pfandrecht an seiner Sache bestellt. Später cediert ihm der Usufruktuar das Nießbrauchsrecht (oder der Usufruktuar erwirbt das Eigentum). Würde durch das Zusammentreffen mit dem Eigentum der Nießbrauch zerstört, so gewönne der Pfandgläubiger völlig unverdientermaßen einen bedeutenden Vorteil, sein Pfandobjekt nämlich wäre jetzt nicht die nuda, sondern die plena proprietas mit Gebrauch und Nutzung, obendrein vermöchte er mit der actio hypothecaria den Besitz zu erstreiten. Denn sobald das Nießbrauchsrecht erlischt und das Eigentum konsolidiert, erfaßt das Pfandrecht nach l. 18 § 1 D. de pig. act. 13, 7: si nuda proprietas pignori data sit, usus fructus, qui postea adcreverit, pignori erit, auch Gebrauch und Nutzung, weil diese Ausflüsse der proprietas sind.

Dernburg[1]) und Hartmann[2]) nehmen im Hinblick auf das citierte Fragment wirklich an, daß das Pfandrecht diese bedeutende Verbesserung erfahre. Allein eine solche Erweiterung des Pfandrechts auf die Gebrauchs- und Nutzungsbefugnisse wird durch den Untergang des Nießbrauchsrechts bedingt.

Hier jedoch kann durch das Zusammentreffen von Nießbrauchsrecht und Eigentum in einer Hand keine Zerstörung des ersteren eintreten; denn als der Eigentümer das Pfandrecht an seiner Sache bestellte, vermochte er sie nur so zu beschweren, wie er sie hatte, nämlich samt der durch den Usufrukt erzeugten Belastung. Durch das Pfandrecht an der nuda proprietas, an dem belasteten Eigentum als solchem, nimmt der Pfandgläubiger teil an der durch den Nießbrauch erzeugten Verpflichtung des Eigentümers: es treffen mithin die beiden gegenüberstehenden Seiten des Rechtsverhältnisses nicht vollkommen zusammen. Das an dem belasteten Eigentum als solchem haftende Pfandrecht verhindert die Zerstörung des Nießbrauchs, weil ihm gegenüber, gleich als wäre die Sache noch eine fremde, der Nießbrauch sich weiter zu bethätigen vermag.

Im Ergebnis stimmen Kohler,[3]) Windscheid[4]) und Exner[5]) überein; jedoch ist auch hier zu betonen, daß der Usufrukt nicht bloß relativ, sondern absolut und ganz fortbesteht, nur ruht er in der Hand des Eigentümers.

---

§ 4.

Die Konfusion von Pfandrecht und Eigentum.

Mit Recht sieht die herrschende Meinung das Pfandrecht als ein dingliches Recht an fremder Sache an.[6]) Zwar tritt dieser Charakter während der Belastung der Sache nicht wesentlich hervor, denn das Pfandrecht gewährt nicht eine ständige „Behandlung“ [7]) des betreffenden

[1]) Pand. I § 273 Anm. 5.

[2]) a. a. O. S. 135 u. 136.

[3]) Abhandl. S. 304.

[4]) a. a. O. I § 226a N. 13.

[5]) a. a. O. S. 71 Anm. 143.

[6]) Dernburg, Pfandr. I § 13, Pand. I § 262; Windscheid a. a. O. I § 224 a. E.

[7]) Kohler, Abhandl. S. 300.

Objektes wie die anderen iura in re aliena, welche die Benutzung für sich in Anspruch nehmen; jedoch zeigt sich die Dinglichkeit in dem direkt und unausgesetzt an der Sache haftenden Rechte des Pfandgläubigers, sich durch Inanspruchnahme des Tauschwertes Befriedigung für eine Forderung zu verschaffen.

Wie bei allen iura in re aliena stehen sich beim Pfandrecht notwendig zwei Interessen, getragen von zwei selbständigen Subjekten, gegenüber: die Berechtigung liegt beim Pfandgläubiger, die Verpflichtung beim jeweiligen Eigentümer. Sobald diese beiden gegenüberstehenden Faktoren zusammentreffen, d. h. sobald sich Pfandrecht und Eigentum vereinigen, wird dem Pfandrecht eine Existenzbedingung entzogen, so daß es erlöschen muß[1]):

l. 45 D. de R. J: Neque pignus .... rei suae consistere potest.

I. Wie bei den übrigen dinglichen Rechten Erlöschen durch Konfusion nur da eintreten kann, wo die beiden gegenüberstehenden Seiten des Rechtsverhältnisses vollkommen in einer Person zusammenfallen, kann auch das Pfandrecht nur zu Grunde gehen, wenn völlige Berechtigung mit völliger Verpflichtung sich vereinigt.

Wenn mithin der Eigentümer einer Sache, die für eine fremde Schuld verpfändet ist, den Pfandgläubiger beerbt, die Forderung samt Pfandrecht aber als Vermächtnis auszuantworten hat, so erlischt das Pfandrecht nicht; denn das dingliche Recht des Legatars hat den Untergang von vornherein abgewehrt. Umgekehrt kann es aber auch nicht zerstört werden, wenn der Pfandgläubiger die Pfandsache erbt, das Eigentum derselben aber als Vermächtnis herauszugeben hat und der Testator nicht ersichtlich pfandfreien Übergang beabsichtigte.

Aber auch für den Fall eines aufgelegten Universalfideikommisses wird man nach l. 75 § 1 D. ad S. C. Treb. 36, 1[2]) Verhinderung der zerstörenden Wirkung durch das sichere Anrecht des Universalfideikommissars, wiewohl sich Dernburg[3]) dagegen ausgesprochen hat, annehmen müssen.

II. Welchen Einfluß übt der Erwerb eines Miteigentumsanteiles an der verpfändeten Sache durch den Pfandgläubiger aus?

---

[1]) Die versicherte Obligation wird hier ganz außer Betracht gelassen. Siehe darüber unten § 8.

[2]) Siehe oben S. 22.

[3]) Pfandrecht II S. 569 oben. Vergl. aber Pand. III § 120.

Nach römischem Recht konnte zwar an einem ideellen Teile einer Sache ein Pfandrecht bestellt werden,[1]) jedoch wird man darum das Pfandrecht nicht als ein teilbares Recht, wie der Nießbrauch ist, bezeichnen dürfen,[2]) so daß etwa das Pfandrecht für die erworbene Miteigentumsquote des Pfandgläubigers durch Konfusion erlösche. Vielmehr ist zu sagen, daß das Pfandrecht durch die fremden Miteigentumsquoten erhalten werden muß und in vollem Umfange bestehen bleibt: per partes retinetur.[3])

III. Endlich drängt sich mit Notwendigkeit die Frage auf: wie wirkt die Vereinigung von Eigentum und Pfandrecht, sobald noch weitere, nachstehende Pfandrechte auf der Sache ruhen?

Die Beantwortung dieser Frage hat eine ganze Litteratur veranlaßt, welche man als die Lehre vom Pfandrecht an eigener Sache bezeichnet. Daß das moderne Partikularrecht ein Pfandrecht an eigener Sache kennt, gilt als unzweifelhaft, ob aber nach römischem Recht ein solches bestehen kann, darüber wird lebhaft gestritten.

Diejenige Quellenstelle, aus welcher die Streitfrage vornehmlich entschieden werden muß, ist die vielgenannte lex Latinus Largus: l. 30 § 1 D. de except. r. i. 44, 2. Paulus berichtet von folgendem Fall: Ein Erbschaftsstreit zwischen Mävius und Titius wird durch Vergleich beigelegt. Unter den daraufhin dem Mävius übereigneten Objekten befindet sich auch ein fundus, welchen Titius vor Jahren dem verstorbenen Großvater des nunmehrigen Eigentümers Mävius verpfändet hat. Einem zweiten Pfandberechtigten am selben Objekt gelingt es, dem nichtsahnenden Mävius durch rechtskräftiges Urteil den Besitz abzunehmen. Später entdeckt Mävius die Pfandurkunde seines Großvaters und klagt gegen den besitzenden Nachhypothekar. Die Frage, ob exceptio rei iudicatae hier entgegenstehe, verneint der Jurist und fügt, beinahe in Parenthese, folgende Erörterung an:

> in proposita autem quaestione magis me illud movet, num quid pignoris ius extinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore actio tamen pigneraticia competit: verum est enim et pignori datum et satisfactum non esse...

---

[1]) l. 7 § 4 D. q. m. p. s. 20, 6; l. un. C. si com. r. p. s. 8, 20.

[2]) „indivisa est pignoris causa".

[3]) So auch Friedmann a. a. O. S. 16.

Die Erklärer dieser vielbesprochenen Worte betonen einesteils, Paulus habe in den Worten neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore die begriffliche Unvereinbarkeit des Pfandrechts und des Eigentums in einer Hand als Axiom hinstellen wollen, anderenteils, er habe diesen sich selbst gemachten Einwand durch das folgende tamen ... selbst wieder hinweggeräumt, mithin ein Pfandrecht an eigener Sache anerkannt.

Die erstere Gruppe (Cujacius,[1]) Savigny[2])) motiviert im Einklang mit den Basiliken[3]) die Zuständigkeit der actio hypothecaria, welche Paulus betont, mit dem Wortlaut ihrer formula. In Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung[4]) ist aber zu entgegnen, daß eine formula nicht anders vorgestellt werden kann, denn als der Ausfluß eines Rechts, zu dessen Realisierung sie bestimmt ist; die Annahme einer Klage ohne ein dahinter stehendes Recht muß also als unmöglich abgelehnt werden.

Eine andere Meinung verficht Dernburg[5]): nach ihm gewährt Paulus dem Eigentümer nur „eine Ausstattung seines Eigentums mit einem Schutze gegen die Nachhypothekare", wodurch deren an und für sich stärkeren Rechte zurückgedrängt werden.

Die andere Gruppe der Schriftsteller,[6]) weitaus die größere Anzahl, läßt das Pfandrecht bestehen und bekennt sich damit zu einem pignus in re propria. Sie berufen sich auf die pfandmäßige Stellung des Eigentümer-Hypothekars, seine actio hypothecaria, seine exceptiones, das gegen ihn auszuübende ius offerendi,[7]) und nicht zum wenigsten auf die Worte der Quellen: in ius eorum (priorum creditorum) successisti (l. 3 C. de his q. s. 8, 18 [19]). Als Grund des Fortbestandes des Pfandrechts geben sie die Billigkeit an, denn ohne dasselbe vermöchte der Nachhypothekar den Besitz ab-

[1]) ad leg. 45 D. de R. J. tom VIII pag. 776.

[2]) System d. R. R. Bd. V S. 393.

[3]) Basil. LI 2 cap. 27 (Heimbach, V pag. 92 oben) .... περιποιηθείσης τῆς δεσποτείας τοῦ ἀγροῦ, ἡ μὲν ὑποθήκη λύεται· ἡ δὲ περὶ τῆς ὑποθήκης ἀγωγὴ σώζεται ...

[4]) Hartmann a. a. O. S. 101; Jhering a. a. O. S. 453 A 77; Windscheid a. a. O. I § 248 N. 26; Keller a. a. O. S. 996; Büchel a. a. O. I Nr. 2 S. 96; Franke a. a. O. II S. 115.

[5]) Pand. I § 292.

[6]) Jhering a. a. O. S. 453; Windscheid a. a. O. I § 248 N. 4; Kohler, Abh. S. 306; Hartmann a. a. O. S. 104.

[7]) l. 1 § 1 C. si antiq. c. 8, 19 (20).

zustreiten. Ganz streng halten sich Franke[1]) und Vangerew[2]) an den konkreten Fall der lex Latinus und fordern als wesentliches Requisit des pignus in re propria Unkenntnis des Erwerbers bezüglich seines Pfandrechts.

Der hier vorliegende Fall ist im wesentlichen dem bereits eben[3]) erledigten gleich, in welchem der mit einem Nießbrauchsrecht beschwerte Eigentümer seine nuda proprietas zum Pfande gegeben hat und später durch Verzicht des Usufruktuars den Nießbrauch zurückübertragen erhält.

Auch hier hat der durch das erste Pfandrecht bereits beschränkte Eigentümer sein Recht so, wie er es besaß, nochmals und abermals verpfändet. Wenn jetzt erstes Pfandrecht und Eigentum in einer Person sich vereinigen, so treffen die beiden Seiten des durch Existenz des ersten Pfandrechts geschaffenen Rechtsverhältnisses garnicht vollständig zusammen, es stehen vielmehr noch Subjekte außerhalb der Konfusion, welche Anteil an der Verpflichtung kraft ihres zweiten und dritten Pfandrechts haben. Ihre Rechte, welche auf dem durch das erste Pfandrecht beschränkten Eigentum als solchem lasten, bewirken, daß sich die erste Pfandberechtigung auch in der Hand des Eigentümers noch fortbethätigen kann, weil die Sache wie eine fremde erscheint; der Fall der Existenzunmöglichkeit ist also auch hier nicht gegeben, weil nicht Berechtigung und Verpflichtung sich decken. Die nachstehenden Hypotheken halten die zerstörende Wirkung der Konfusion auf, ihretwegen besteht das Pfandrecht des Eigentümers fort, bis durch die „normalen objektiven Faktoren“[4]) sein Ende herbeigeführt wird (z. B. Zahlung der versicherten Forderung) oder bis sich auch die nachstehenden Hypotheken mit dem Eigentum vereinigen.

Immerhin wird dies fortdauernde Pfandrecht, eben weil es thatsächlich an eigener Sache stattfindet, Eigenheiten aufweisen müssen. — Rechtlich besteht es, wie Kohler mit gutem Grunde betont,[5]) „in voller Kraft und Wirksamkeit“, faktisch aber werden seine Befugnisse in einer Hand mit dem Eigentum nicht zu voller Ausübung gelangen können. Es wird daher als ein ruhendes Recht zu bezeichnen sein). Voll bethätigt er sein Recht, wenn er mit der actio hypothe-

[1]) a. a. O. S. 122 u. 125.

[2]) Pand. I § 392 Anm.

[3]) Siehe Seite 26.

[4]) Kohler, Pf. Forsch. S. 191.

[5]) Ges. Abhandl. S. 307; ebenso Jhering a. a. O. S. 453.

caria den verlorenen Besitz wieder erstreitet oder mit der exceptio die auf Besitz klagenden Nachhypothekare abweist. Das Verkaufsrecht in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger kann er aber nicht ausüben; denn dies setzt voraus, daß der Verkauf zu dem Zwecke sich zu befriedigen vorgenommen wird; da hier aber die Sache sein Eigentum ist, kann er sich aus ihr nicht befriedigen, kann mithin auch den Pfandverkauf nicht vornehmen. Wohl aber vermag er, sofern ein anderer Hypothekar den Verkauf sollte haben vornehmen können, diesen zu hindern, sich mehr, als der Überschuß über seine Pfandsumme beträgt, anzueignen.[1])

Zweites Hauptstück.

Die Konfusion im Obligationenrecht.

§ 5.

Die Konfusion als Tilgungsgrund der Obligation.

Die Obligation setzt ihrem Begriff und Wesen nach das Vorhandensein von zwei selbständigen Personen voraus, welche sich mit entgegengesetzten Interessen gegenüberstehen. Vereinigt sich durch Rechtsnachfolge die Trägerschaft von Berechtigung und Verpflichtung in einem Subjekt, so fällt die wesentliche Existenzbedingung der Obligation, das Vorhandensein von zwei Personen, welche die Spannung von Forderndürfen und Leistenmüssen vertreten, hinweg: die Obligation geht also wegen Existenzunmöglichkeit zu Grunde, sie wird von Rechtswegen und vollständig vernichtet, wie dies die Ausdrücke der Quellen auch kennzeichnen:

l. 21 § 1. D. de liberat. leg. 34, 3: confusione ... extinguitur obligatio,

l. 50 D. de fideiuss. 46, 1: ... ratione confusionis intercidit obligatio,

l. 71 pr. eodem: ubi successit creditor debitori ... sublata obligatione.

---

[1]) Zur Streitfrage, ob der nachstehende Pfandgläubiger verkaufen könne, nehme ich keine Stellung und gebe daher die Schlußfolgerung in rein hypothetischer Form. Vergl. Dernburg, Pand. I § 289 Anm. 2; Windscheid a. a. O. I § 241 N. 5.

Es kann somit auch keine Naturalobligation, wie es bisweilen verteidigt wird,[1]) zurückbleiben; ist doch die naturalis obligatio ihrer juristischen Struktur nach nicht weniger ein Verhältnis von Person zu Person wie die civilis obligatio.

Wenn, in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung, der Grund des Erlöschens der Obligation durch Konfusion in dem Zusammenkommen von Forderung und Schuld in demselben Rechtssubjekt und der dadurch ipso iure herbeigeführten Daseinsunfähigkeit der Obligation gesehen ward, so setzt diese Begründung eine vorangegangene Succession des Gläubigers in seine eigene Schuld oder des Schuldners in die Forderung gegen ihn voraus. Daß eine derartige Rechtsnachfolge möglich ist, wird mit Recht von der herrschenden Meinung angenommen. Gleichwohl ist diese Annahme keineswegs unbestritten.

Baron[2]) hält dieselbe für ein Unding, denn sie würde, wie er sagt, etwas Unmögliches bewirken, nämlich daß jemand Gläubiger und Schuldner in einer Person sei; was man aber nicht sein könne, das könne man auch nicht werden. Er stellt sich die Vernichtung der Obligation so vor, daß der Erbe in die gesamten aktiven und passiven Vermögensrechte des Erblassers succediere, nur die Forderung und Schuld gegen ihn selbst sei außer Stande auf ihn überzugehen, sie bleibe vom Erwerbe ausgeschlossen, bleibe „gleichsam vor der Thür“ stehen,[3]) in die ihr der Eintritt versperrt sei. So außerhalb der Rechtssphären des Erblassers und des Erben stehend gehe sie zu Grunde wegen Subjektsmangels. — Diese Ansicht ist unzweifelhaft nicht die der Quellen. Denn zunächst deutet der Ausdruck „confusio“ bereits auf die Vorstellung des Zusammenfließens in einer Person hin, so daß also ein Übergang stattgefunden haben muß.[4]) Weiter betonen die Quellen ganz ausdrücklich die stattgehabte Succession,

l. 107 D. de solut. 46, 3: ... In eamdem personam ius stipulantis promittentisque devenit.

---

[1]) Savigny, Obl. R. I § 11 S. 79; Savigny, System V S. 393[9], Brinz, II S. 49.

[2]) Gesamtrechtsverh. S. 340 ff.

[3]) Kretschmar a. a. O. S. 47.

[4]) Dernburg, Pand. II § 67 Anm. 4.

l. 71 pr. D. de fideiuss. 46, 1: ... Ubi successit creditor debitori ...

Schließlich ist nach dieser Theorie jede Cession einer Forderung an den Schuldner, jede Schuldübernahme durch den Gläubiger unmöglich. Der Akt der Parteien wäre einfach nichtig, so daß die Forderung beim Cedenten verbliebe.[1]) Diese Anschauung ward bereits oben[2]) trotz ihrer Verteidigung durch den Rostocker Gerichtshof abgelehnt.

Nicht als Beweismittel gegen Baron kann jedoch die von Windscheid,[3]) Dernburg[4]) und Kretschmar[5]) gegen ihn verwandte l. 7 § 1 D. de stipulat. serv. 45,3 angesehen werden. Ulpian berichtet dort von folgendem Fall:

Ein im Miteigentum der socii A, B, C, D stehender Sklave bedingt sich von einem dieser socii, A, ohne zu sagen, für wen er erwerben will, eine teilbare Leistung, z. B. 120 aus. Das Ergebnis ist nach Ulpians Entscheidung, daß B, C, D je 30 erhalten:

reliquas partes is servus ceteris sociis praeter eam partem, ex qua promissor dominus esset, adquiret.

Windscheid und Kretschmar argumentieren nun: wäre Barons Meinung richtig, so müßte die Quote des A, weil kein Übergang auf ihn als Schuldner möglich wäre, nach römischen Anschauungen dem B, C, D accrescieren, diese müßten somit 40 erhalten. Da dies nicht der Fall sein soll, so beweise dies für den Übergang der Forderung auf den Schuldner, in dessen Person die Obligation auf 30 durch Konfusion erlösche. — Allein da der Sklave, der kontrahiert, unmittelbar seinen Herrn darstellt, hier der servus communis also den A pro portione dominica, zu ein Viertel, so sind für dies Viertel promissor und stipulator identisch und es kann von vornherein überhaupt keine obligatio für diese 30 zustande kommen; denn mit sich selbst kann niemand kontrahieren.[6])

Die Ansicht, daß der Übergang der Forderung oder Schuld auf den Träger der gegenüberstehenden Funktion zwar erfolgt, aber un-

---

1) Dernburg, Pand. II § 67 Anm. 4.
2) Siehe S. 14.
3) a. a. O. II § 352 N. 5.
4) a. a. O. II § 67 Anm. 4.
5) a. a. O. S. 48.
6) So auch Friedmann a. a. O. S. 32.

mittelbar den Untergang der Obligation von Rechtswegen nach sich zieht, ist ebenfalls nicht allgemein anerkannt.

Savigny[1]) und Vangerow[2]) (allem Anscheine nach auch die Glosse[3])) halten dafür, daß durch das Zusammenfließen von Forderungsseite und Schuldseite auf ein Subjekt die Obligation in ihrem Bestande an sich garnicht berührt werde („sie werde nicht objektiv zerstört"), es werde vielmehr nur ihre Erfüllung dadurch thatsächlich unmöglich, daß niemand an sich selbst eine Zahlung leisten könne.[4])

Diese Ansicht ist völlig unverträglich mit den obigen Ausführungen, wonach die Konfusion der Obligation eine wesentliche Daseinsbedingung entzieht und dadurch ihren Untergang wegen Existenzunmöglichkeit herbeiführt. Dies wurde auch durch die Ausdrucksweise der Quellen gerechtfertigt, denn Bezeichnungen wie: obligatio intercidit, extinguitur, perimitur weisen klar darauf hin, daß „das Dasein der Obligation an sich" vernichtet wird.

Endlich hat Justinian diese Meinung, welche bereits die Prokulianer bezüglich der Noxalklagen zu ihren Vertretern zählte, ausdrücklich abgewiesen. Wie uns nämlich Gajus[5]) berichtet, nahmen die Pegasianer an, daß, wenn der Noxalgläubiger den delinquierthabenden Sklaven erwerbe, die Obligation trotz Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit nicht in ihrem Dasein objektiv zerstört werde, sondern daß sie nur wegen der faktischen Unmöglichkeit der Erfüllung ruhe (quiescere) und mit der Veräußerung des Noxalobjekts wieder auflebe; die Sabinianer hingegen verfochten die objektive Vernichtung der Obligation durch die Konfusion, sobald der Beschädigte das Noxalobjekt erwarb.

Die letztere Ansicht mußte in die justinianische Kodifikation übergehen, denn sie allein wird dem Begriffe der Obligation gerecht:

§ 6. Ide noxal. act. 4, 8: . . . intercidit actio, quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non

---

1) Oblig. R. I S. 196 u. 197.

2) Pand. III § 573 II 1 S. 93.

3) Kasus zu l. 83 § 6 D de V. O. „si vero".

4) Savigny a. a. O. S. 196 sagt von der Konfusion: „Indessen betrifft diese Tilgungsart nicht sowohl das Dasein der Obligation, als vielmehr die persönliche Beziehung derselben."

5) Instit. IV 78.

potuit: ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes.

Die Lehre Savignys und Vangerows ist allein geschaffen und angewendet worden auf die Konfusionserscheinung bei der Korrealobligation. Diese mag sie erklären, mit den Wirkungen der Konfusion bei der einfachen Obligation aber ist sie völlig unvereinbar.[1])

Es muß also die schon zu Beginn verteidigte Meinung festgehalten werden, daß der Übergang der Schuld auf den Gläubiger, der Forderung auf den Schuldner erfolgt; sobald er aber stattgefunden hat, mangelt der Obligation die unumgänglich notwendige Spannung zwischen Recht und Pflicht, so daß sie wegen Existenzunmöglichkeit von Rechtswegen und vollständig zu Grunde geht.[2])

---

§ 6.

Konfusion und Zahlung.

In welcher Rechtslage befindet sich nun nach Untergang der Obligation die Person, in deren Vermögenssphäre die Konfusion stattgefunden hat?

Der Zweck einer Obligation ist dem Gläubiger bestimmte Gegenstände zu verschaffen. Durch die Konfusion ist die eigenartige Sachlage herbeigeführt, daß die Obligation wegen Mangels einer Daseinsbedingung zu Grunde geht und daß gleichwohl ökonomisch ihr Zweck erreicht worden ist. Denn der Gläubiger-Erbe hat das Eigentum der Objekte erhalten, welche ihm seine Forderung an den Schuldner verschaffen sollte; nur hat er die Leistung nicht erhalten in seiner Eigenschaft als Gläubiger, sondern als Erbe seines einstigen Schuldners. Thatsächlich, was das Haben des Leistungsgegenstandes anbetrifft, ist also die Sachlage die nämliche, als hätte die Obligation durch Zahlung geendet. Es zeigt sich mithin eine nicht zu verkennende Verwandtschaft zwischen der Tilgung einer Obligation durch solutio und der durch confusio. Welcher Art aber die Verwandtschaft ist, darüber sind die Meinungen geteilt.

Ribbentrop hat in seinem Werke über die Korrealobligation[3])

---

[1]) Fitting a. a. O. S. 105.

[2]) Damit stimmt das Pr.A.L.R. Teil I Tit. 16 § 476 überein: „Wenn die Rechte des Gläubigers und die Verbindlichkeiten des Schuldners in einer Person zusammentreffen, so werden beide durch diese Vereinigung aufgehoben."

[3]) a. a. O. S. 25 Anm. und S. 270 Anm.

die Behauptung aufgestellt, daß der Gläubiger sich aus der Erbschaft bezahlt mache. Die Konfusion ist nach ihm also eigentliche Solution, nur für den Fall der Korrealobligation sei diese Auffassung „willkürlich" und werde füglich dort durch die Annahme ersetzt, daß die Konfusion nur die persönliche Beziehung betreffe.

Diese Solutionslehre haben Girtanner[1]) und Kuntze[2]) unter Zuhilfenahme der Puchtaschen Erbenrepräsentationstheorie bis ins Einzelne ausgebildet; auch Hasenbalg[3]) hat sich ihnen zum Teil angeschlossen. Nach diesen Schriftstellern bleibt trotz des Erbschaftsantritts die hereditas „als ein besonderer Kreis innerhalb der Rechtssphäre des Erben"[4]) mit eigener Persönlichkeit bestehen und findet in der Person des Erben ihren gegebenen Vertreter. Da hiermit noch zwei getrennte Subjekte geblieben sind, deren eines die Schuld, deren anderes die Forderung vertritt, so ist eine Konfusion, ein Zusammenfließen auf eine Person garnicht eingetreten und folgerichtig findet denn Kuntze,[5]) daß es „an aller und jeder civilistischen Motivierung" einer von Rechtswegen eintretenden Zerstörung der Obligation fehle. Um jedoch die thatsächliche Wirkung der Konfusion klarzustellen, legen beide Schriftsteller dem Erben als negotiorum gestor der personifizierten hereditas die Pflicht auf, die Erbschaftsforderungen „von sich selbst beizutreiben", ihre Schulden „an sich selbst zu zahlen".[6]) Da dies negotium aber auf seinen bloßen Willen gestellt ist, so wird es als erfüllt angesehen: mithin ist die Konfusion eine „fingierte solutio".

Während Girtanner in der Konfusion stets eine Zahlung sieht, nimmt Kuntze an,[7]) daß „diese Substituierung des Solutionsbegriffes" auf die Fälle beschränkt blieb, wo sie „aus äußerlichen und praktischen Motiven" als „zweckmäßig" erschien. Mit dieser Beschränkung der Solutionsfiktion sucht er die Fälle der uneigentlichen Konfusion zu erklären, gelangt dadurch aber, wie Fitting[8]) ihm mit Grund nachsagt, „zur Annahme einer völligen Prinziplosigkeit und Willkürlichkeit des römischen Rechts."

---

[1]) a. a. O. S. 504 § 38.

[2]) a. a. O. § 51 S. 217 ff.

[3]) a. a. O. S. 641.

[4]) Kuntze a. a. O. S. 219.

[5]) a. a. O. S. 219.

[6]) Girtanner S. 506.

[7]) S. 221.

[8]) a. a. O. S. 129 Anm. 160.

Die ganze Konstruktion Girtanners und Kuntzes ruht auf der Annahme einer über die aditio hinaus fortdauernden Persönlichkeit der hereditas. Wenn aber, wie es oben [1]) geschah, eine derartige Annahme als quellenwidrig und unthunlich bezeichnet wird, so ist der Solutionstheorie in der gekennzeichneten Struktur der Boden entzogen.

Dieselbe erscheint jedoch auch aus anderen Gründen nicht als einwandsfrei.

Vornehmlich können die Quellen für eine Identifizierung der solutio und confusio nicht als Beweiszeugen angeführt werden. Denn in sämtlichen [2]) von Girtanner und Kuntze citierten Quellenstellen handelt es sich zunächst nur um einen Vergleich, welcher sich auf die der Konfusion gleichermaßen wie der solutio beiwohnende zerstörende Wirkung bezieht:

l. 21. § 1. D. de liber. leg. 34, 3 Terentius: confusione perinde extinguitur obligatio ac solutione;

l. 71. pr. D. de fideiuss. 46, 1 Paulus: veluti solutionis iure sublata obligatione;

l. 50. D. eodem Papinianus: ... solutionis potestate ...

Auch mit der acceptilatio wird die Konfusion verglichen, weil diese Tilgungsart ebenso wie die confusio und die solutio den Bestand der Obligation vernichtet:

l. 75. D. de solut. 46, 3 Modestinus: Sicut acceptilatio in eum diem praecedentes peremit actiones, ita et confusio,

und l. 107. D. eodem.

Fernerhin spricht gegen die Anschauung, welche in der Konfusion eigentliche Zahlung erblickt, der Umstand, daß durch den Erbschaftserwerb, selbst nach der Puchtaschen Lehre die Nachlaßobjekte „faktisch Eigentum" des Erben geworden sind. Die Verfechter der Solutionstheorie geben demnach dem heres auf, sich aus seinem eigenen Vermögen für seine eigene Forderung an die hereditas bezahlt zu machen. Wie sich aber jemand mit dem, was ihm selbst gehört, wirksam befriedigen kann, ist nicht auszudenken; noch viel weniger aber ist zu begreifen, weshalb hier der Erbe verpflichtet sein soll, seine Forderung von der hereditas beizutreiben, ist es doch stets nur

---

[1]) Siehe § 2 S. 12.

[2]) Fitting a. a. O. S. 114 f.; Baron a. a. O. S. 347.

ein von dem freien Willen des Gläubigers abhängiges Recht zu fordern, nie aber eine Pflicht. [1])

Schließlich muß diese Gleichstellung der Konfusion und der Zahlung gänzlich Schiffbruch leiden, wenn es an die Erklärung der Konfusionserscheinung bei den Korrealobligationen geht.

Das Resultat, welches die bislang geführte Erörterung ergiebt, ist ein rein negatives: Die Konfusion ist keine wirkliche und keine fingierte Zahlung, so daß eine Gleichstellung beider Tilgungsarten, selbst wenn sie von Dernburg [2]) „vielfach" angenommen wird, abgelehnt werden muß. Inwiefern beide Tilgungsarten aber Beziehungen zu einander haben, ergiebt sich aus folgenden Erwägungen: [3])

Die Folge der Vernichtung der Obligation durch das Zusammenfließen von Forderung und Schuld in ein Subjekt ist einerseits, daß das Konfusionssubjekt — in der Mehrzahl der Fälle der Erbe — als Schuldner von einer ihm obliegenden Schuld befreit wird, andererseits, daß er als Gläubiger seiner Forderung verlustig geht. Es wiegen sich also Forderungseinbuße und Schuldbefreiung gegenseitig auf. In dieser Hinsicht zeigt die Konfusion offenbar Ähnlichkeit mit der Kompensation, so daß mehrfach [4]) beide Tilgungsarten in Parallele gestellt wurden. Und doch trennt sie ein wesentlicher Unterschied: denn während bei der Kompensation der belangte Schuldner durch Aufgabe seines Forderungsrechts den Gläubiger nur zu dem Zwecke liberiert, um mit dieser Liberierung den Gläubiger für dessen Forderung gegen ihn zu befriedigen, wird bei der Konfusion der Erbe-Gläubiger von einer Schuld befreit, weil deren Obligation daseinsunfähig geworden ist. Bei der Kompensation wird die Forderung sonach durch eine unter richterlichem Zwange vorgenommene Leistung an Zahlungsstatt [5]) getilgt, sie geht mithin befriedigt unter, bei der Konfusion geht die Forderung wegen Mangels einer Existenzbedingung, also unbefriedigt unter. An der Thatsache des befriedigungslosen Unterganges kann der Umstand, daß der Forderungseinbuße eine Schuldbefreiung gegenübersteht und daß der Erbe die Mittel, aus denen er

---

[1]) Fitting a. a. O. S. 113.

[2]) Pand. II § 67 a. E.

[3]) Die Darstellung weist Berührungspunkte mit der Waldners a. a. O. § 5 S. 70—81 auf.

[4]) In l. 33 D. sol. matr. 24, 3; Windscheid a. a. O. II § 352; Kretschmar a. a. O. S. 44 ff.

[5]) Vergl. Windscheid a. a. O. II § 349 N. 14 S. 294.

Erfüllung erlangt hätte, thatsächlich als Eigentum erhalten hat, nichts ändern. Denn damit eine Obligation erlösche, und zwar befriedigt, muß der Gegenstand der Leistung oder etwas mit dem Willen der Parteien an dessen Stelle Gesetztes gerade auf seine Forderung, d. h. gerade zum Zwecke der Befriedigung des gläubigerischen Rechtes aus fremdem Vermögen in das des Gläubigers übergeleitet werden. Hier aber bei der Konfusion erhält der Gläubiger-Erbe den Gegenstand der Erfüllung in einem Mehrbetrage des schuldnerischen Nachlasses nicht behufs Tilgung seiner Forderung, sondern vermöge seines Erbrechts; und der Schuldner-Erbe behält gleichermaßen ein der erloschenen Forderung entsprechendes Zuviel seines eigenen Vermögens, weil es sein Eigentum war, nicht weil er es als Successor seines einstigen Gläubigers erhalten hat.

Zu dieser rechtlichen Lage nach vollzogener Konfusion steht die thatsächliche im Gegensatz: der Erbe hat den Wert seiner Forderung erhalten; hätte er zwischen Delation und Antretung als Schuldner an die ruhende Erbschaft gezahlt oder hätte er als Gläubiger von ihr die Forderung beigetrieben und dadurch die Obligation solutione getilgt: ökonomisch wäre die nämliche Situation geschaffen. Der Umstand, daß er nach der Konfusion die Gegenstände hat, welche er fordern durfte, bewahrt ihn also vor Schaden und materiellem Unrecht. Der befriedigungslose Untergang der Forderung wird erst fühlbar, sobald eine Trennung der zusammengeflossenen Massen erfolgen soll.

Forderungsverlust und Schuldbefreiung, dargestellt in dem Mehrbetrag der schuldnerischen Masse, stehen nun aber nicht unabhängig neben einander, sondern bedingen sich gegenseitig; sie sind korrespektiv, weil das eine nicht ohne das andere hat eintreten können. Wo der Forderungsverlust ist, da muß notwendig auch die in dem Mehrbetrag verkörperte Schuldbefreiung bleiben. Eine Trennung beider Faktoren würde ein Unrecht gegen das Konfusionssubjekt und eine ungerechtfertigte Bereicherung eines Dritten auf dessen Kosten sein. Deshalb wird dieser Mehrbetrag des schuldnerischen Vermögens dem Gläubiger-Erben „verfangen“, um mit Waldner[1]) zu sprechen, so daß er ihn als Äquivalent für seine Forderungseinbuße behalten darf.

---

[1]) a. a. O. S. 71.

Ebenso löst sich vom Vermögen des Schuldner-Erben der Betrag ab, der der Forderungseinbuße des gläubigerischen Vermögens entspricht, und wird dem Erben in seiner Eigenschaft als Successor des Gläubigers „verfangen“:

l. 1 § 18 D. ad leg. Falc. 35, 2 Paulus: Si debitor creditori heres existat, quamvis confusione liberetur, tamen locupletiorem hereditatem percipere videtur, ut computetur ei, quod debet, quamvis aditione confusum sit.

Der Erbe als einstiger Gläubiger oder als Nachfolger desselben erwirbt also aus dem befriedigungslosen Untergang seiner Forderung die Berechtigung, das durch die Schuldbefreiung vorhandene Zuviel sich auf die Forderungseinbuße anzurechnen und das titulo heredis Empfangene oder titulo dominii Behaltene Dritten gegenüber so ansehen zu dürfen, als habe er es titulo solutionis empfangen. Denn daß er diesen Betrag nicht titulo solutionis hat, beruht lediglich auf dem Unterlassen der Einforderung von dem ruhenden Nachlaß oder der Zahlung an denselben vor aditio, also auf der Versäumnis einer leeren Förmlichkeit.

Was das Konfusionsobjekt sich aber anrechnen darf, das muß es sich auch anrechnen; denn wenn das Recht die unmotivierte Bereicherung eines Dritten auf Kosten des Erben unter Berufung auf das formale Recht verhüten will, so will es auch ebenso eine rechtlose Lukrierung durch den Erben zum Schaden Dritter verhindern.

Daher hat denn die klassische römische Rechtswissenschaft überall da, wo die Konfusion nur deshalb befriedigungslosen Forderungsuntergang erzeugt, weil nicht vor Antritt die Zahlungsförmlichkeit erledigt ist, angenommen, daß die Konfusion wie Befriedigung wirke, sie hat ihr Solutionseffekt beigelegt; aber weit entfernt ist sie davon, mit Ribbentrop, Kuntze und Girtanner zu sagen, daß sie eigentliche Befriedigung ist; ebensowenig läßt sie, wie Friedmann[1]) behauptet, die Gläubiger „sich zunächst aus der Erbschaft befriedigen“, „den Schuldner die Erbschaft befriedigen“. — Wie soll sich jemand für seine verlorenen Forderungen aus seinem Eigentum, welches die Erbschaftsobjekte durch den Antritt geworden sind, befriedigen? Wie soll der Erbe die Erbschaft, welche mit dem Antritte ihre Selbständigkeit verloren hat, für eine untergegangene Forderung befriedigen?

---

[1]) a. a. O. S. 40.

Vielmehr soll, wie Paulus in l. 41 § 2 D. de evict. 21, 2 ausführt, es bezüglich der Wirkung der Konfusion so angesehen werden, als ob Befriedigung erfolgt wäre:

... Cum debitor creditori suo heres exstiterit ratio quaedam inter heredem et hereditatem ponitur et intellegitur maior hereditas ad debitorem pervenire, quasi soluta pecunia, quae debebatur hereditati, et per hoc minus in bonis heredis esse: et ex contrario cum creditore debitori suo exstitit heres, minus in hereditate habere videtur, tanquam ipsa hereditas heredi solverit.[1])

Unter diesem Gesichtspunkt gewinnt der Vergleich der Konfusion mit der solutio,[2]) welchen die Quellen mehrmals anstellen, noch eine andere Bedeutung: er bezieht sich zunächst auf die Vollständigkeit der Tilgung, dann aber auch auf die Wirkung, welche die Konfusion da mit der Zahlung gemeinsam haben soll, wo durch förmliche Vorauszahlung vor dem Erbschaftserwerb notgedrungen dieselbe Rechtslage erzeugt worden wäre.

Da die Wirkung der Befriedigung, welche der Konfusion beigelegt wird, ihre Motivierung in dem Bestreben findet, eine materiell ungerechtfertigte Bereicherung eines Dritten unter Ausnutzung des formalen Rechts zu verhindern, so muß der Erbe bei Unterlassung der Retention des ihm „verfangenen" Betrages diesen mit einer Bereicherungskondiktion von dem Bereicherten beitreiben können. Diesen Schluß bestätigt:

l. 45 D. de cond. ind. 12, 6 Javolenus: Si is qui hereditatem vendidit et emtori tradidit, id quod sibi mortuus debuerat, non retinuit, repetere poterit, quia plus debito solutum per condictionem recte recipietur.

Die Folgerungen, welche sich aus dem gewonnenen Prinzip ergeben, sind von den Quellen in mannigfachen Beispielen erläutert:

1. Bei der Berechnung der Falzidischen und Trebellianischen Quart sieht der Gläubiger-Erbe den durch den Schuldunterganq im schuldnerischen Nachlaß befindlichen Mehrbetrag als Befriedigung seiner eingebüßten Forderung an, bringt ihn somit bei der Quartberechnung

---

[1]) Ähnlich drückt sich Paulus in l. 71 pr. D. de fideiuss. 46, 1 aus. Siehe unten § 9 S. 55.

[2]) Siehe oben S. 38.

nicht in Anschlag; der Schuldner-Erbe muß einen entsprechenden Betrag des eigenen Vermögens als titulo heredis empfangen ansehen:

l. 15 § 3 D. ad leg. Falc. 35, 2 Papinianus: Quod avus ex causa tutelae nepoti debuit, cum avo nepos solus heres exstitisset, ratio Falcidiae si poneretur, in aere alieno bonis deducendum respondi.

Schuldet avus z. B. 100 und beträgt die Erbschaft 500, so behält nepos 100 titulo solutionis, weitere 100 titulo quartae Falcidiae und zahlt mithin die Vermächtnisse nur in Höhe von 300 aus. Hätte nepos dem avus 100 geschuldet, so hätte er vom eigenen Vermögen 100 abgelöst und als titulo heredis empfangen betrachtet, würde sonach Vermächtnisse in Höhe von $\frac{3}{4} . (100 + 500) = 450$ ausbezahlt haben.[1]

2. Vollkommen im Einklang mit dem entwickelten Prinzip steht auch die Entscheidung des Oberappellationsgerichts Oldenburg (1861)[2]: der Erbe, welchem die Bestellung eines ususfructus omnium bonorum an die Ehefrau des Erblassers auferlegt ist, darf zunächst einen seiner durch Konfusion erloschenen Forderung entsprechenden Betrag in Abzug bringen.[3]

3. Hat der Erbe die hereditas auf Grund eines Kaufvertrages an einen Dritten herauszugeben, so darf er als Gläubiger des Erblassers einen seiner erloschenen Forderung entsprechenden Betrag bei der Restitution zurückbehalten;[4] war er Schuldner des Testators, so gebührt ein gleicher Betrag dem Käufer, welcher ihn mit der Kaufklage fordern kann.[5]

Keineswegs wird hier jedoch, wie Friedmann[6] behauptet, dem Gläubiger-Verkäufer ein „gesetzlich geschützter Anspruch auf Restitution der konfundierten Forderung aus Billigkeitsrücksichten" gegeben. Der

---

[1]) Ebenso: l. 1 § 18 D. eodem.; l. 104 § 7 D. de leg. I; l. 60 (58) D. ad S. C. Treb. 36, 1.

[2]) Seufferts Archiv XV Nr. 18.

[3]) l. 43 D. de us. fr. leg. 33, 2 Venuleius: Nam si bonorum usus fructus legabitur, etiam aes alienum ex bonis deducetur, et quod in actionibus erit, computabitur.

[4]) l. 45 D. de cond. ind. 12, 6; l. 2 § 18 D. de h. v. a. v. 18, 4.

[5]) l. 20 § 1 D. de h. v. a. v. 18, 4.

[6]) a. a. O. S. 42; ebenso auch Lauterbach a. a. O. These 20 S. 13: obligationes confusae ... ex singulari aequitatis ratione restituantur.

Grund für die Entscheidungen der Quellen ist der Solutionseffekt der Konfusion, nicht aber Rücksicht auf die Billigkeit.

4. Vornehmlich bringt die bereits oben[1]) erwähnte l. 41 § 2. D. de evict. 21, 2 des Paulus das Prinzip der zahlungsgleichen Wirkung der Konfusion im Verhältnis zu Dritten klar zum Ausdruck: der Erwerber eines fundus, A, hat sich, wie üblich, für den Eviktionsfall Bürgen bestellen lassen; hernach verkauft er das Grundstück an B, B beerbt ihn (oder er den B, oder ein Dritter beerbt gleichzeitig A und B). Es fragt sich, ob nach eingetretenem Eviktionsfall der Erbe sich noch an die Bürgen halten kann.

Die Situation ist nämlich folgende: Der Verkäufer A ist der Eviktion wegen Schuldner des Käufers B. Wäre vor dem Erbschaftsantritt diese Schuld befriedigt worden, so hätte dem A oder seinem Erben der Rückgriff gegen den Bürgen offen gestanden; nun ist aber die Obligation durch Konfusion erloschen, also ohne daß Zahlung des Schuldners A stattgefunden hat. Dieser formalen Rechtslage tritt das materielle ökonomische Verhältnis siegreich entgegen: Die Befreiung der Bürgen würde ein materiell ungerechtfertigter Gewinn auf Kosten des Erben sein; deshalb entscheidet Paulus mit den bereits oben[2]) citierten Worten, daß der Erbe als früherer Schuldner es so ansehen durfte, als habe er gezahlt: weil sonach die Konfusion hier wie Zahlung wirkt, bleiben die Bürgen verbindlich.

5. Einen sehr interessanten und lehrreichen Fall berichtet Afrikanus in l. 33 D. sol. matr. dos q. pet. 24, 3.

Er bestätigt zunächst die schon oben[3]) gezogene Folgerung, daß, was das Konfusionssubjekt thun darf, um sich vor Unrecht zu bewahren, es auch thun muß, um sich nicht auf Kosten Dritter zu bereichern. Sodann aber spricht l. 33 eine Konsequenz aus, die hier noch nicht gezogen worden ist. Wenn dem Erben ein Mehrbetrag des schuldnerischen Vermögens „verfangen" wird, den er als Befriedigung ansehen darf und muß, so geschieht dies natürlich ohne Berücksichtigung einer etwaigen Solvenz oder Insolvenz des betreffenden Vermögens; denn ob das eigene oder ererbte schuldnerische Vermögen sich praktisch zur Befriedigung fähig erweist, ist Exekutionsfrage, aber nicht ein Moment, mit welchem das materielle Recht zu rechnen hat. — Der That-

[1]) Siehe S. 42.

[2]) Siehe S. 42.

[3]) Siehe S. 41.

bestand der l. 33 cit. ist folgender: Eine Ehefrau hat dem Mann eine dos stipulationsmäßig versprochen, hatte jedoch vorher einigen Fremden vom Ehemann das Recht einräumen lassen, einen Teil der dos nach Auflösung der Ehe einzufordern. Die Frau stirbt, ohne daß die Forderung des Ehemannes auf die dotis datio erfüllt worden wäre, und hinterläßt ihren Mann als Erben, welcher auch trotz der Überschuldung des Nachlasses antritt:

> ... is damnosam hereditatem eius adierat. nihilo minus stipulatoribus tenebitur, quoniam adeundo hereditatem debitricis intellegeretur secum pensasse: n e c a d r e m p e r t i n e r e, q u o d s o l v e n d o n o n e s s e t h e r e d i t a s, quando ceteris etiam creditoribus teneatur.

Der Gläubiger muß sich hier den Stipulatoren gegenüber für seine dos-Forderung als befriedigt betrachten, wiewohl ihm thatsächlich nichts zugegangen ist. Auf Grund dieses Solutionseffekts ist er den Dritt-Stipulatoren verbindlich.

---

§ 7.

Besondere Erscheinungen der Konfusion.

In diesem Abschnitte gilt es, mehrere Erscheinungen der Konfusion zu erörtern, welche durch besondere äußere Umstände beeinflußt werden. Es sind dies folgende Fälle:

1. Die Vereinigung von Forderung und Schuld findet nur zu einem Teile statt.

2. Die Forderung wird an den Schuldner mit der Bestimmung der Weiterbegebung cediert.

3. Die mit der Verbindlichkeit zusammenkommende Forderung unterliegt einem Pfandrecht.

4. Die Konfusionserscheinung bei Vermächtnis und Universalfideikommiß.

Für die gleichfalls hierher gehörige Versicherung der Obligation durch Bürgschaft und Pfandrecht wird ein eigener Abschnitt (§ 8) gewählt werden.

I. Befindet sich unter mehreren Miterben ein Gläubiger oder Schuldner des Erblassers, so tritt nach dem Grundsatz: nomina sunt ipso iure divisa, Teilung unter den coheredes ein und die auf den

betreffenden Gläubiger fallende Schuld erlischt für ihr Teil (oder vice versa):

l. 1 C. de act. her. 4, 16, Gordianus: Pecuniam quam tibi a matre debitam fuisse dicis, ab heredibus eius coheredibus tuis pro parte tibi competenti petere debes.

l. 50 D. de fideiuss. 46, 1.

War die Obligation jedoch unteilbar, etwa eine obligatio dandi einer generell bestimmten Sache, so muß nach dem bei den dinglichen Rechten gefundenen Prinzip der Konfusion angenommen werden, daß die Anteile der unbeteiligten coheredes die Obligation in vollem Umfange erhalten, wie die servitus per partes retinetur, denn die Spannung zwischen Recht und Pflicht wird noch durch die übrigen coheredes vertreten, so daß die Obligation nicht daseinsunfähig wird.

II. Ging bei der Übertragung einer Forderung an den gegenüberstehenden Schuldner der ausdrücklich erklärte Wille des Cedenten dahin, daß der Cessionar-Schuldner „durch anderweitige Begebung über die Forderung disponiere“,[1]) so kann die bloße Thatsache des Zusammentreffens der cedierten Forderung und der Schuld in einer Hand nicht dem erklärten Willen der Parteien zuwider den Untergang der Obligation durch Konfusion herbeiführen.

Vielmehr ist zu sagen, daß der Wille des Cedenten die cedierte Berechtigung so mächtig beeinflußt, daß sie gar nicht in ihrem vollen Umfange mit der Verpflichtung des Schuldners zusammenkommt. Das Interesse des Dritten, an welchen der Cedent die Forderung übertragen wissen will, hemmt die zerstörende Wirkung der Konfusion, weil in dem Dritten die Berechtigung noch einen Vertreter erhält; so lange die Forderung aber noch in der Hand des Schuldners ist, muß sie ruhen.[2])

Was für die Nachfolge in die Forderung gilt, muß ebenso für die Nachfolge in die Schuld maßgebend sein. Auch hier kann der ausgesprochene Parteiwille den Eintritt der Vernichtung abwehren.[3])

---

[1]) Budde, Urteil des O. A. G. Rostocks VIII S. 127.

[2]) Im Ergebnis stimmt das Urteil bei Budde hiermit überein.

[3]) Vergleiche die Bestimmung des A.L.R. Teil I Tit. 16 § 480: „Wenn also das dem Schuldner übertragene Recht, vermöge des Vertrages oder anderen Rechtsgrundes, durch welchen selbiges auf ihn gediehen ist, wiederum an einen anderen gelangt, so tritt der Verpflichtete wieder in die vorige Verbindlichkeit.“

III. Weitaus bedeutungsvoller ist die Frage nach der Wirkung der Konfusion, wenn die mit der Schuld in einem Subjekt sich vereinigende Forderung dem Pfandrecht oder dem uneigentlichen Nießbrauch eines Dritten unterliegt.

Da oben die Anschauung vertreten ward, daß der in re aliena Berechtigte sein Recht verpfände oder zu Nießbrauch gebe, so muß folgerecht auch im Gebiet des Obligationsrechts die Lehre, daß der Gläubiger nicht sein Forderungsrecht zum Pfande gebe, sondern zu Pfandrechtszwecken eine beschränkte Cession vornehme,[1]) abgelehnt werden. Ebensowenig kann der Meinung Exners[2]) beigetreten werden, der im Forderungspfandrecht die Bestellung einer Pfandanwartschaft am geschuldeten Objekt sieht, die ihre Verwirklichung in der quasisolutorischen Kraft der Konfusion findet.[3])

Wie im Laufe der ganzen Untersuchung, so muß auch hier zunächst gefragt werden: Treffen die sämtlichen Faktoren des Rechtsverhältnisses in einer Person zusammen, so daß sich Existenzunmöglichkeit ergiebt, oder nimmt ein Subjekt an der Konfusion nicht teil, welches den Widerstreit von Recht und Pflicht noch zu vertreten geeignet ist? Beim Zusammenfließen der Forderungs- und Schuldseite erweist sich die Berechtigung als beschwert mit dem wohlbegründeten dinglichen Rechte eines Dritten. Dieser Dritte, dessen Recht innig mit der Forderung verknüpft ist, steht außerhalb der Vereinigung und nimmt gewissermaßen teil an dem Forderungsrechte kraft seines Pfandrechts, so daß der Fall absoluter Existenzunmöglichkeit der Obligation nicht eingetreten ist; denn in dem Pfandgläubiger findet die Forderung noch einen Vertreter, der zur Aufrechterhaltung der Spannung genügen muß. Das Schuldverhältnis geht nicht unter, weil das Pfandrecht es vor dem Erlöschen bewahrt, es besteht „absolut", nicht „dauert es bloß für das Pfandrecht fort, während es sonst untergeht", wie Windscheid[4]) annimmt. Denn hier sind, ebenso wie oben,[5]) Umstände vorhanden, die den Wert absoluten Fortbestandes der Obligation er-

---

[1]) So Dernburg, Pand. I § 293 und Pfandr. I S. 462 u. And.

[2]) a. a. O. S. 144—146.

[3]) Bremer a. a. O. S. 155 läßt das Pfandrecht „unbedenklich" untergehen, läßt es jedoch dahin gestellt, ob nicht Umwandlung in ein direktes Forderungsrecht eintrete, S. 168.

[4]) Windscheid a. a. O. § 248 N. 11 u. 12 Bd. I S. 751.

[5]) § 3 S. 25.

weisen. Es ist z. B. eine durch accessorische Rechte gesicherte Forderung verpfändet worden. Darauf ist Forderung und Schuld auf dieselbe Person gelangt. Übersteigt nun die verpfändete Forderung die Höhe der geschützten Forderung des Pfandgläubigers und ist das Konfusionssubjekt seinen übrigen persönlichen Gläubigern zahlungsunfähig, so ist es von großer Bedeutung für diese Gläubiger, an der durch accessorische Rechte gesicherten Forderung des Konfusionssubjekts gegen sich selbst hinter dem bereits bestellten Pfandrecht noch weitere dingliche Sicherungsrechte mittels Rechtsgeschäfts oder Pfändung sich begründen zu können. Mit der Annahme nur relativen Nichterlöschens bleiben die Interessen dieser zu Gunsten des Konfusionssubjekts unberücksichtigt, wofür ein Grund nicht abzusehen ist.

Aber auch hier ist die Verwirklichung des Rechtsinhalts, die Leistung des Schuldners an den Gläubiger unmöglich. Deshalb befindet das Schuldverhältnis sich in ruhendem Zustande. Ausführbar ist nur die Leistung des Konfusionssubjekts in seiner Schuldnereigenschaft an den Pfandgläubiger oder die Deponierung des Betrags der verpfändeten Forderung, wenn vor der Fälligkeit der geschützten Forderung des Pfandgläubigers die Befugnis zur Leistungsannahme diesem nicht zugestanden wird.[1])

III. Die Quellen sprechen sich über den Fall, daß eine Forderung, deren Schuldner der Erbe ist, einem Dritten vermacht worden ist, nicht aus.

Nach justinianischem Rechte wird der Vermächtnisnehmer mit Antritt der Erbschaft unmittelbar Gläubiger der vermachten Forderung. Wenn nun auch die Forderung durch die Person des Erben hindurch an den Legatar gelangt, so treffen doch in keinem Augenblick Forderung und Verbindlichkeit vollkommen in dessen Person zusammen, denn dies sichere Recht des Legatars haftet an der Forderung und wehrt den Untergang durch Konfusion ab.

Verwickelter gestaltet sich der Fall des Universalfideikommisses; denn nach l. 75 D. ad S. C. Treb. 36, 1 war oben nachgewiesen, daß bei Zusammentreffen des dinglichen Rechts an fremder Sache mit dem belasteten Eigentum des Erben keine Zerstörung des ius in re aliena eintrete. Ein Gleiches haben nun die Quellen für die Obligationen nicht durchgeführt, es betonen vielmehr l. 27 § 11 und

---

[1]) Vergl. Dernburg, Pfandr. I S. 464; ders. Pand. I § 293 Anm. 7.

l. 82 (80) und l. 61 (59) D. ad. S. C. Trebell. 36, 1, daß die Obligation durch Konfusion erlischt, jedoch soll, führen sie aus, die Konfusion Solutionseffekt haben, so daß sich die zu restituierende Erbschaft entsprechend vermehrt oder vermindert. In diesen Quellenentscheidungen sieht Windscheid[1]) angesichts der freieren Auffassung, die das römische Recht bei den dinglichen Rechten vertritt, eine „unvollendete Entwickelung", ja Friedmann[2]) bezeichnet sie sogar als „unlogisch und ungerecht". Dernburg[3]) nimmt an, daß „für die Regel" Neubegründung der durch Konfusion erloschenen Forderung bei der Restitution zu geschehen habe.

Für das heutige Recht wird allerdings wohl gesagt werden müssen, daß die Grundsätze, die bei den dinglichen Rechten hinsichtlich des Universalfideikommisses maßgebend sind, auch für die obligatorischen Rechte zu gelten haben. Demgemäß tritt also überhaupt keine Tilgung der Forderung oder Verbindlichkeit des anfallenden Nachlasses in der Hand des Erben, der entsprechender Schuldner oder Gläubiger ist, ein, weil die sichere Aussicht des Universalfideikommissars die Vernichtung aufhält; die Obligation ruht nur bis zur Restitution, um danach mit voller Kraft fortzubestehen.

Daß die römische Jurisprudenz diese Konsequenz aus l. 75 D. ad. S. C. Treb. 36, 1 für die obligatorischen Rechte nicht gezogen hat, findet seine Erklärung wohl in dem Solutionseffekt, welcher der Konfusion im Obligationenrecht beigelegt wird. Denn während bei den dinglichen Rechten die Verhinderung der Zerstörung durch das fideikommissarische Anrecht der einzige Weg zur Verhütung unbilligen Nachteils war, beugte im Obligationenrecht der Solutionseffekt bereits jeder rechtlosen Beschädigung vor; hier machte sich demnach kein Bedürfnis fühlbar, die Konsequenz des dinglichen Rechts zu ziehen.[4])

---

[1]) a. a. O. III § 665 N. 4a.

[2]) a. a. O. S. 58.

[3]) Pand. II § 120, 2.

[4]) Das preußische A.L.R. Teil I Tit. 16 § 481 stimmt mit der oben verteidigten Auffassung überein: „Wenn die Vereinigung durch Erbgangsrecht erfolgt ist, und die Erbschaft einem nachgesetzten Erben herausgegeben werden muß, so gelangen die Rechte und Verbindlichkeiten des ersteren Erben gegen die Masse wieder zu Kräften."

§ 8.

Fortsetzung. Versicherung durch Bürgschaft und Pfandrecht.

Mit der Frage nach der Wirkung der Konfusion, sofern das betreffende Schuldverhältnis durch Bürgschaft oder Pfandrecht versichert war, haben sich die Quellen mehrfach beschäftigt.

1. Vereinigen sich Forderung und Verbindlichkeit, so geht die zur Sicherung eingegangene Bürgschaft nach den übereinstimmenden Quellenangaben ipso iure und gleichzeitig mit der Hauptobligation unter.

> l. 21 § 3 D. de fideiuss. 46, 1 Africanus: Quod si stipulator reum heredem instituerit, omnimodo fideiussoris obligationem peremit.

> l. 71 pr. D. de fid. 46, 1 Paulus: (Si) ... fiscus tam creditori quam debitori successerat . . . non dubitabam sicut fideiussorem ita et mandatorem liberatum esse.

Nach den vorangegangenen Erörterungen vermissen wir zur Erklärung der vernichtenden Konfusionswirkung für den gesammten, Hauptschuld und Bürgschaft umfassenden Nexus die Vollständigkeit der Vereinigung aller Faktoren dieses Rechtsverhältnisses in einem Subjekt. Ein Träger eines Teils der Verpflichtung, welcher die gläubigerische Berechtigung entspricht, der Bürge, steht noch außerhalb der Vereinigung und müßte nach den Grundsätzen der Konfusion entweder nach Erlöschen des anderen Teils der Verpflichtung selbständig fortbestehen können oder aber wegen seiner Nichtbeteiligung an dem Zusammenfließen die Vernichtung des Schuldverhältnisses gänzlich aufhalten.

Die erste Alternative, daß die Bürgschaft selbständig nach dem befriedigungslosen Erlöschen der Hauptobligation durch Konfusion fortbestehen könne, ist bedingt durch die Verleugnung der accessorischen Natur der Bürgschaft, etwa wie G i r t a n n e r[1]) und H a s e n b a l g[2]) sie lehren. Doch wird man ihnen darin in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung[3]) nicht folgen können.

Es bliebe nur die andere Alternative: da eine partielle Konfusion, nur der Hauptschuld, nicht stattfinden kann, weil die Existenz der Bürgschaft durch die der Obligation bedingt ist, so erhält sich wegen

---

[1]) a. a. O. S. 80, 480, 495.

[2]) a. a. O. § 32 S. 632 ff.

[3]) V a n g e r o w a. a. O. III § 578 Anm. 2, II S. 137; W i n d s c h e i d a. a. O. II § 477 N. 20; D e r n b u r g, Pand. II § 82 Nr. 1.

der Bürgschaft die Hauptschuld, deren Interessenwiderstreit in dem Bürgen noch einen Vertreter findet. Eine derartige Kraft mußte den dinglich an einem Rechte haftenden Rechten, welche in einem Superioritätsverhältnis zur Berechtigung standen, zugeschrieben werden: die Bürgschaft jedoch ist nur ein accessorisches Recht, das sich im Zustand steter Abhängigkeit befindet; infolgedessen kann sie unmöglich die Kraft haben, die gefährdete Hauptobligation vor der Vernichtung zu bewahren: die Hauptschuld geht trotz der Bürgschaft zu Grunde und reißt ihr Accessorium mit sich.

Die herrschende Meinung[1]) teilt die Anschauung, daß die Bürgschaft erlischt, weil sie als accessorisches Recht die Vernichtung der Hauptobligation durch Konfusion nicht überdauern kann:

l. 129 § 1 D. de R. J.: Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent.

l. 43. D. de solut. 46,3: in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur.

Paulus begründet in l. 71 pr. D. de fid. 46, 1 den Bürgschaftsuntergang in dreifacher Weise:

a) accessiones . . . quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant, ein Grund, den Girtanner[2]) und Hasenbalg[3]) mit Recht als nicht stichhaltig bezeichnen.

b) Nemo potest pro eodem apud eundem obligatus esse . . ., ein Satz, der sich noch mehrfach (l. 34 § 8 D. de solut 46, 3, l. 21 § 3 D. de fideiuss. 46, 1) in den Quellen findet; er besagt, offenbar, daß der Zweck der Bürgschaft mit dem Zusammenkommen von Gläubiger- und Schuldnereigenschaft hinfällig wird, weil der Gläubiger eine Sicherung gegen sich selbst nicht haben kann, ein, wie Fitting[4]) sagt, „zwar nicht ganz streng juristischer, aber doch gewiß naheliegender Grund".

c) Ubi successit creditor debitori, veluti solutionis iure sublata obligatione etiam mandator liberatur . . . .

---

[1]) Vangerow a. a. O. III § 578 Anm. 2 II S. 137; Windscheid a. a. O. II § 477 N. 20 S. 722; Dernburg, Pand. II § 82 A. 1; Fitting a. a. O. S. 106.

[2]) a. a. O. S. 503.

[3]) a. a. O. S. 638.

[4]) a. a. O. S. 106.

Dieser Grund des Paulus hat eine zwiefache Auslegung gefunden. Legt man den Nachdruck auf sublata, so ergiebt sich, daß die Obligation ebenso vollständig wie durch solutio getilgt wird; die Bürgschaft geht also als accessorisches Recht unter, weil die Hauptobligation zu Grunde gegangen ist. Girtanner[1]) und Hasenbalg[2]) legen den Nachdruck auf die Worte: veluti solutionis iure und führen das Erlöschen der Bürgschaft auf die Natur der Konfusion als fingierte Solution, also auf jene oben abgelehnte Solutionstheorie zurück.

Die Worte: veluti solutionis iure sublata obligatione können schließlich mit Ihering[3]) und Kretschmar[4]) von dem Gesichtspunkt aus verstanden werden, daß der Konfusion solutorischer Effekt beigelegt wird, wo durch eine dem Antritt der Erbschaft vorausgehende Zahlung dieselbe Sachlage geschaffen wäre. In der That ist diese Begründung für den regelmäßigen Fall der Bürgschaft, daß der Bürge sich des beneficium cedendarum actionum und des beneficium excussionis bedient, durchaus möglich. Der Erbe-Gläubiger hat durch Beerbung des Schuldners thatsächlich die Objekte erhalten, welche, in Anbetracht der Existenz des beneficium excussionis und des Rückgriffsrechts des Bürgen gegen den Schuldner, mit Notwendigkeit den Gegenstand der erfüllenden Leistung hätten bilden müssen; ob im konkreten Fall die hereditas einen entsprechenden Betrag an Aktiva besaß oder nicht, kann rechtlich nicht in Betracht kommen. Die Bürgschaft muß mithin untergehen, weil hier die Konfusion wie Befriedigung wirkt, scheinbar die Hauptschuld also solutione getilgt ist.

Diese Begründung des Bürgschaftsunterganges erweist sich jedoch als unzureichend bei der fideiussio donandi animo obligata, weil ihr der Charakter der Subsidiarität und des Rückgriffsrechts fehlt. War der Gläubiger doch berechtigt, unter Übergehung des Hauptschuldners unmittelbar vom Bürgen Zahlung zu fordern. Folglich hat bei dem Zusammenfließen von Hauptschuld und Forderung der Erbe als Gläubiger garnicht die Objekte erhalten, welche notgedrungen die befriedigende Leistung auch ohne den Eintritt der Konfusion hätten

---

[1]) a. a. O. S. 504.

[2]) a. a. O. S. 639.

[3]) Jahrb. f. D. X S. 448 A. 71.

[4]) a. a. O. S. 49.

bilden müssen. Denn er hätte ebensowohl vom fideiussor donandi animo obligatus die Befriedigung einfordern können, wodurch dann eine ganz andere Sachlage geschaffen worden wäre. Hier ist also, um mit Kretschmars[1]) eigenen Worten zu sprechen, der Erbe ebensowenig, wie bei der von ihm besprochenen Korrealschuld „von einem wirklich eigenen und ausgemachten aes alienum liberiert, das notwendig unter die Passiva hätte gesetzt werden müssen". Deswegen kann hier die Konfusion nicht solutorische Wirkung haben, ebenso wie sie solche bei den später[2]) zu betrachtenden Korrealobligationen nicht hat.

Nach Waldner[3]) wirkt die Konfusion auch gegenüber der regreßberechtigten Bürgschaft nicht wie Befriedigung. Daß er den rückgriffsberechtigten Bürgen nicht forthaften läßt, beruht auf der Erwägung,[4]) daß dieser das Gezahlte mit der Rückgriffsklage wieder vom Konfusionssubjekt in dessen Schuldnereigenschaft zurückzufordern oder vielmehr den gläubigerischen Anspruch von vornherein mit seinem Gegenrecht zu entkräften vermöchte. Wo dies aber nicht der Fall ist, bei der fideiussio in rem suam, nimmt Waldner die Fortverhaftung des fideiussor trotz Erlöschens der Hauptschuld als „unzweifelhaft" an. Allein auch diese Art der Bürgschaftsverbindlichkeit geht zu Grunde, weil sie als streng accessorisches Recht von dem Bestand der Hauptschuld abhängig ist.

---

2. Das Pfandrecht ist gleichermaßen wie die Bürgschaft bestimmt die Erfüllung einer Forderung zu sichern. Deswegen teilt es mit der Bürgschaft auch die Eigenschaft der Unselbständigkeit, welche die Existenz einer Forderung für beide Rechte zur Bedingung macht.

Zwar findet sich in der Litteratur bisweilen[5]) die Ansicht vertreten, daß das Pfandrecht auf die Existenz einer Obligation nicht angewiesen sei.

Die herrschende Meinung hält jedoch an der accessorischen Natur

---

[1]) a. a. O. S. 52.

[2]) Siehe § 9.

[3]) a. a. O. S. 82 f.

[4]) a. a. O. S. 84 A. 84 a. E.

[5]) Büchel a. a. O. I 2 Abh.; Schwanert a. a. O. S. 404; Schott a. a. O. S. 50.

des Pfandrechts streng fest,[1]) denn die wenigen Fälle, in denen das römische Recht ein Pfandrecht seine Forderung überdauern läßt, „weisen“, wie Windscheid[2]) sagt, „auf ein Prinzip nicht hin“. Wo dies nämlich nur „aequitatis causa“ geschieht, sind sich die römischen Juristen — l. 61 (59) pr. D. ad. S. C. Treb. 36, 1 zeigt dies trefflich — der Anomalie wohl bewußt und suchen sie, wie Paulus in obigem Fragment, durch Einsetzung einer naturalis obligatio thunlichst abzuschwächen.

Der weitaus häufigste Fall der Verpfändung, daß nämlich der Schuldner seine eigene Sache dem Gläubiger zum Pfande gegeben hat, erledigt sich einfach; denn fließen die Vermögen des Schuldners und des Gläubigers zusammen, so treffen Forderung und Verbindlichkeit, Pfandrecht und belastetes Eigentum in einer Person zusammen und Obligation und Pfandrecht gehen gleichzeitig zu Grunde.

Die weiteren Fälle sind nach den bei der Bürgschaft gewonnenen Prinzipien zu entscheiden:

1. Es beerbt der Pfandgläubiger einer noch mehrfach pfandrechtlich belasteten Sache seinen Schuldner und Verpfänder oder umgekehrt.

2. Es beerbt der Pfandgläubiger seinen Schuldner, für dessen Schuld ein Dritter seine Sache verpfändet hat. Wiewohl in beiden Fällen das Pfandrecht an der Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in einem Subjekt nicht teil nimmt, so vermag es wegen seiner Accessorität, ebensowenig wie die Bürgschaft, weder die Obligation vor dem Erlöschen durch Konfusion zu bewahren,[3]) noch als selbständige Verpflichtung fortzubestehen. Die Obligation geht durch Konfusion zu Grunde und reißt das Pfandrecht, ebenso wie die Bürgschaft, mit sich.

Auch hier kann in gleicher Weise wie bei der Bürgschaft der Gesichtspunkt des Solutionseffekts Verwertung finden, vorausgesetzt,

---

[1]) Dernburg, Pfandr. II S. 589; Dernburg, Pand. I § 291[1]; Savigny, System V S. 393.

[2]) Pand. I § 249 S. 756 a. E.

[3]) Indem diese Kraft der Hypothek des preuß. Rechts beigelegt wird, ist in Übereinstimmung mit dem Obertribunal und dem Reichsgericht die in den §§ 63—66 des preuß. Eigent.Erw.Ges. vom 5. Mai 1872 bestimmte Erhaltung der Hypothek bei der Vereinigung von Gläubigerrecht und persönlicher Schuld in der Hand des Eigentümers juristisch zu erklären. Hierzu wird aber eine gleichzeitige Belastung durch nachstehende Hypotheken vom Gesetze nicht erfordert. Vergl. Obertrib.Entscheid. Bd. V S. 56; Reichsgericht-Entsch. Bd. II S. 206, Bd. III S. 266 und andere; Förster-Eccius a. a. O. Bd. III § 200.

daß die Verpfändung seitens des Dritten nicht donandi animo, d. h. unter Verzicht auf das beneficium excussionis und das beneficium cedendarum actionum geschah. Waldner[1]) läßt konsequent auch hier den Dritten, welcher schenkungsweise seine Sache für den Schuldner verpfändete, forthaften. Allein da diese Ansicht eine Preisgabe der Unselbständigkeit des Pfandrechts voraussetzt, ist ihm nicht beizutreten.

---

§ 9.

Die Konfusion im Korrealschuldverhältnis.

Wenn es nunmehr gilt, die Konfusion innerhalb des Korrealschuldverhältnisses zu betrachten, so gelangen wir damit zu ihrer interessantesten Erscheinung, von welcher fast sämtliche Schriftsteller bei ihren Untersuchungen der Konfusion ausgegangen sind.

I. Sedes materiae ist für die Wirkung der Konfusion bei der passiven Korrealobligation die folgende Entscheidung des Paulus in l. 71 pr. D. de fideiussor. 46, 1.

Granius Antoninus hat sich für zwei Korrealschuldner verbürgt. Der Fiskus succediert später in die Rechte des einen Schuldners und des Gläubigers und der Bürge Granius macht darauf geltend, er sei durch die in der Person des Fiskus vollzogene Konfusion gänzlich befreit worden, da auch die Verbindlichkeit des anderen Korrealschuldners dadurch getilgt sei. Paulus antwortet:

> . . . Cum duo rei promittendi sint et alteri heres exstitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exemta confusa obligatione. et puto aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam.

Paulus giebt zu, daß die Frage wohl aufgeworfen werden könne, ob die Konfusion hier nicht mit Zahlungskraft wirke, wie dies die klassische Jurisprudenz bei der einfachen Obligation angenommen hatte. Doch verneint er die Frage ausdrücklich: Die Konfusion soll auf den Bestand der Korrealobligation als solcher keinen Einfluß üben, nur die Person des Korrealschuldners, dessen Vermögen sich mit dem des Gläubigers vereinigt hat, soll ausscheiden, so daß der andere correus allein verbindlich bleibt. Diese Entscheidung führte

---

[1]) a. a. O. S. 84 A. 84.

Savigny und Vangerow[1]) zu der Ansicht, daß die Konfusion nicht objektiv wirke, sondern nur ein persönlicher Befreiungsgrund sei. Girtanner[2]) hingegen muß hier seine Auffassung, daß Konfusion stets fingierte solutio sei, durch das Wahlrecht des Gläubigers beseitigen, welches ihm durch den Konfusionsfall nicht genommen werden dürfe. — Kuntze[3]) endlich beruft sich darauf, daß Paulus „eben die Solutionsfiktion fern hielt," weil sie hier nicht „zweckmäßig" schien; ist doch nach ihm die klassische Jurisprudenz nie zu völliger Übereinstimmung in der Auffassung der Konfusion gelangt.

Aus der Konfusionserscheinung im Korrealschuldverhältnis will Fitting[4]) einen entscheidenden Beweis gegen die Theorie der Einheit der Korrealobligation entnehmen. Allein es dürfte Kretschmar[5]) beizutreten sein, welcher ausführt, daß diese Erscheinung nicht sowohl aus der Struktur der Korrealobligation zu erklären sei, als aus dem Wesen der Konfusion überhaupt. Die Frage nach dem Bau und der Natur der Korrealobligation kann füglich hier unerörtert bleiben.

Nach den gefundenen Grundsätzen ist die Entscheidung des Paulus durchaus begründet.

Durch das Zusammenfließen der einen Korrealschuld mit dem Gläubigerrecht wird der Obligation keine wesentliche Daseinsbedingung entzogen, denn es bleiben die an der Konfusion unbeteiligten Korrealschuldner, welche den Widerstreit der Interessen noch voll und ganz vertreten, die Obligation bleibt bestehen, weil die Konfusion keine Existenzunmöglichkeit für sie herbeigeführt hat.

Mag die Korrealobligation nun eine Mehrheit subjektiver Beziehungen oder eine aus mehreren Einzelobligationen bestehende Gesamtheit sein, jedenfalls wird der Bestand der übrigen Korrealverpflichtungen durch Fortfall einer derselben nicht berührt.[6]) Bei Vereinigung der einen Korrealschuld mit dem Gläubigerrecht erlischt nur diese eine Korrealverpflichtung, das Recht des Gläubigers aber, welches weit mehr umfaßt, erhält sich gegen die übrigen Verpflichteten:

puto aditione hereditatis confusione obligationis eximi

---

[1]) Siehe § 5. S. 35.

[2]) a. a. O. S. 504. S. oben § 6 S. 37.

[3]) a. a. O. S. 222.

[4]) a. a. O. § 21 S. 129.

[5]) a. a. O. S. 50.

[6]) Windscheid a. a. O. II § 295 S. 129 ff.; Dernburg, Pand. II § 73.

personam ... igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari.

Der Gläubiger büßt durch diese partielle Konfusion das Recht, diese eine Korrealschuld geltend zu machen, unbefriedigt ein, seine Forderung kann sich aber an den noch vorhandenen Korrealschuldnern Befriedigung verschaffen.

Weshalb dürfen hier aber die anderen correi promittendi das Konfusionssubjekt nicht als befriedigt aus dem schuldnerischen Vermögen ansehen? Warum soll der Konfusion im Korrealnexus der Solutionseffekt, den die klassische Jurisprudenz ihr beilegt, fehlen?

Durch den Konfusionsfall hat der Gläubiger thatsächlich nicht die Objekte erhalten, welche bei Nichteintritt der Konfusion ihm als befriedigende Leistung notwendig zugegangen wären. Denn sein Forderungsrecht erstrekte sich auch auf die übrigen nicht beerbten correi und würde er von einem dieser die Leistung eingefordert haben, so hätte er ganz andere Objekte, als die jetzt durch die Beerbung erhaltenen (oder ihm durch die Beerbung des Gläubigers gebliebenen) als Befriedigung gehabt. Hat es doch der Gläubiger, an welchen Berufung in die hereditas des Korrealschuldners ergangen ist, ganz in seiner Hand, dadurch eine völlig andere Rechtslage zu schaffen, daß er vor Antritt der Erbschaft von einem anderen correus einfordert.

Demnach kann die Konfusion bei Beerbung zwischen Korrealschuldner und Gläubiger nicht Solutionseffekt haben: sie kann nur dort zu Ungunsten des Konfusionssubjekts mit Zahlungskraft wirken, wo auch bei Nichteintritt der Konfusion — nach Tilgung der Obligation durch Zahlung — notgedrungen dieselbe ökonomische Sachlage obwalten müßte.

Dieselbe Betrachtung stellt Paulus an; auch er überlegt: muß sich der Erbe als Gläubiger nicht für befriedigt halten? ac si soluta fuisset pecunia, kommt aber zu verneinendem Ergebnis: puto confusione eximi personam ... alterum reum eiusdem pecuniae non liberari ... Den Grund dürfen wir mit Ulpianus aus l. 62 D. ad. leg. Falc. 35, 2 ergänzen: weil es bei der Korrealschuld in pendenti est, in utrius bonis computari oporteat id quod debetur;[1]) deshalb hat der Erbe als Gläubiger nicht die Mittel erhalten, die ihm notwendig auch ohne Konfusion hätten zukommen müssen.

---

[1]) Vergl. Kretschmar a. a. O. S. 54.

Mit dem Untergange der einzelnen Korrealschuld müssen denn auch die für sie bestellten Accessionen zu Grunde gehen.[1])

Weitaus in der Mehrzahl der Fälle wird jedoch unter den Korrealschuldnern ein Sozietäts- oder Mandatsverhältnis irgend welcher Art bestehen. Wie sich unter dessen Einfluß die Wirkung der Konfusion gestaltet, lehrt die Fortsetzung derselben l. 71 pr.:

> cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere.

Die Korrealschuldner A und B wollen beispielsweise laut Sozietätsvertrages je die Hälfte der solidarischen Schuldleistung tragen. Beerbt in solchem Falle der Gläubiger den einen Korrealschuldner (oder umgekehrt), so hat er thatsächlich die Gegenstände im Nachlaß erhalten, die wegen des Sozietätsverhältnisses notwendig die Hälfte der befriedigenden Leistung hätten bilden müssen. Mithin muß er sich für die Hälfte seiner Forderung wie befriedigt ansehen und darf von vornherein nur die zweite Hälfte von dem anderen Korrealschuldner verlangen. Nicht aber kann er auf das Ganze klagen, so daß der Beklagte sich erst auf das Innenverhältnis berufen muß, um seinen Sozietätsanteil zurückzubehalten.[2/3])

II. Es liegt nahe, in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung[4]) das in l. 71 pr. cit. von Paulus ausgesprochene Prinzip auch auf die aktive Korrealobligation analog anzuwenden. Denn auch hier vereinigt sich nicht das ganze Rechtsverhältnis in einer Person, es erlischt nur die einzelne Korrealforderung, ohne daß anscheinend die Rechte der Mitgläubiger berührt werden. Im Gegensatz zur herrschenden Meinung nehmen nur Arndts,[5]) um einer Härte gegen den Erben aus dem

---

[1]) l. 71 pr. D. de fid. 46, 1.

[2]) So Vangerow a. a. O. III § 573 Anm. 5 II 1 S. 93.

[3]) Vergl. dazu die Bestimmungen des A.L.R. Teil I Tit. 16:

§ 493. „Wenn .... einer von mehreren gemeinschaftlich verpflichteten Mitschuldnern das Recht des Gläubigers erwirbt, so kann er davon gegen die anderen Mitschuldner nach wie vor Gebrauch machen.“

§ 494. „Doch muß er sich dabei denjenigen Anteil anrechnen lassen, für welchen er als Mitschuldner demjenigen seiner Genossen, welcher den gemeinschaftlichen Gläubiger befriedigt, verhaftet sein würde.“

[4]) Savigny, Obl.R. I S. 196 Z.; Vangerow a. a. O. III § 573 Anm. 5 II S. 94; Windscheid a. a. O. § 295 N. 9 S. 129; Friedmann a. a. O. S. 66; Baron a. a. O. S. 357.

[5]) Pand. § 273 Anm. 2 u. Weiskes Lex. IV. S. 19 Anm. 140.

Wege zu gehen, und Fitting[1]) auf Grund seiner Wahltheorie an, daß hier die Konfusion die Kraft der Zahlung habe und das Korrealschuldverhältnis absolut vernichte. Keine von beiden Begründungen erscheint zwingend: Arndts entschließt sich zu einer Härte gegen die unbeteiligten Korrealgläubiger, um eine Härte gegen den Erben zu vermeiden, und gegen Fitting spricht, daß eine derartige Selbstwahl sich nicht vorstellen läßt.

Gleichwohl kann der herrschenden Meinung nicht beigetreten werden. Man erwäge nur, daß der in den Nachlaß eines seiner Korrealgläubiger berufene Schuldner nach der herrschenden Meinung dadurch die ganze Korrealobligation zu zerstören imstande wäre, daß er vor Antritt der Erbschaft an diese zahlte; der Korrealgläubiger, dem die Erbschaft des Schuldners deferiert wäre, könnte dadurch, daß er vor Antritt vom Nachlaß einforderte, ebenfalls die Obligation absolut tilgen. Denn es muß — im Gegensatz zur passiven Korrealobligation — hier von höchstem Interesse für den Erben sein, zu bewirken, daß seine Korrealforderung befriedigt untergeht, weil er nur so von der Verbindlichkeit als Schuldner befreit wird.

Da aber, wie bereits mehrfach betont wurde, ein derartiges ökonomisch zweckloses Hinschieben und Zurückschieben unter anderem Titel von wesentlichem Einfluß auf die Gestaltung des Rechts nicht sein kann, wird man aus diesen praktischen Erwägungen kaum die Ansicht der herrschenden Meinung annehmen können; vielmehr wird man sagen müssen, daß die Konfusion innerhalb der aktiven Korrealobligation — anders als bei der passiven — wie Zahlung wirkt, so daß das Schuldverhältnis absolut und gänzlich durch sie zerstört wird.

Seine theoretische Begründung kann der Satz in der eigenartigen Natur der aktiven Korrealobligation finden, daß nämlich jeder Gläubiger, sobald er will, fordern kann, was hier einen Vorteil zu erwerben bedeutet. Dieser Wille, einen Gewinn zu machen, muß im Augenblick des Erbschaftsantritts beim Korrealgläubiger oder beim Vertreter von dessen hereditas als vorhanden vermutet werden. Denn er liegt jedem Menschen nahe. Sollte der Korrealgläubiger diesen Willen aber nicht haben, so steht es ihm frei, dies später durch Zahlung an einen der anderen correi stipulandi zu bethätigen. Da dieser Wille (nach obiger Vermutung) vorhanden ist, so hat im Moment der aditio die zur Konfusion gelangende Korrealforderung sämtliche übrigen Korreal-

---

[1]) a. a. O. S. 203 unten.

forderungen ausgeschlossen. Deswegen deckt sich vollkommen Berechtigung und Verpflichtung und der Gegenstand der künftigen Leistung gelangt gerade an den Forderungsberechtigten, an den er notwendig gelangen mußte, weil sein Wille zu fordern existent war.

Praktisch wird der Unterschied zwischen der herrschenden Meinung und der hier vorgetragenen Anschauung insofern gerade kein wesentlicher sein, als kaum eine aktive Korrealobligation ohne ein s. g. inneres Verhältnis vorkommen wird.

Besteht nämlich eine sozietäre (oder mandatarische) Beziehung unter den Korrealgläubigern, so darf sich nach herrschender Meinung der Erbe — analog dem bei der passiven Korrealobligation gefundenen Prinzip — für soviel für befriedigt in seiner Korrealgläubigereigenschaft erachten, als der Zahlung fordernde Mitgläubiger ihm erstattungspflichtig sein würde. Während nach der herrschenden Ansicht das Konfusionssubjekt also mit der Korrealforderungsklage teilweise belangt wird, können sich nach der vorgetragenen Auffassung die übrigen Korrealgläubiger nur mit der Klage aus dem Innenverhältnis an den Erben halten, denn die Obligation ist wie durch Zahlung getilgt.

---

§ 10.

Die Konfusion von Forderung und Bürgschaft.

Zum Schlusse ist noch der Fall der eigentlichen Konfusion zu betrachten, welcher durch Vereinigung der Gläubiger und Bürgeneigenschaft herbeigeführt wird.

Obgleich hier die beiden gegenüberstehenden Seiten des Gesamtverhältnisses nicht vollkommen zusammenfließen, muß dennoch die Vereinigung von Bürgen- und Gläubigerqualität, auf die Bürgschaftsobligation zerstörende Wirkung ausüben, weil diese ihr Erlöschen finden kann, ohne den Bestand der Hauptobligation irgendwie zu berühren:

l. 21 § 3. D. de fideiuss. 46, 1 Africanus: Quodsi ... stipulator fideiussorem heredem scripserit, procul dubio (solam) fideiussoris obligationem peremit.

Die Hauptobligation dauert fort:

l. 43 D. de solut. et liberat. 46, 3 Ulpianus: ... Inter

creditorem et adpromissores confusione facta reus non liberatur.

l. 71. pr. D. de fideiussor. 46, 1 Paulus: quodsi creditor fideiussori heres fuerit vel fideiussor creditori, puto convenire confusione obligationis non liberari reum.

Der Bürge=Gläubiger hat in seiner Gläubigereigenschaft wie bisher die Hauptklage; stand ihm als Bürgen eine Rückgriffsklage zu, so hat er nach ausdrücklicher Quellenentscheidung diese verloren, denn die Bürgschaft ist wegen Existenzunmöglichkeit, also ohne daß formell Befriedigung seitens des Bürgen erfolgt wäre, erloschen:

l. 21 § 5 D. de fideiussor. 46, 1, Africanus: Cum fideiussor reo stipulandi heres exstiterit, quaeritur, an, quasi ipse a se exegerit, habeat adversus reum mandati actionem. respondit, cum reus obligatus maneat, non posse intelligi ipsum a se fideiussorem pecuniam exegisse: itaque ex stipulatu potius quam mandati agere debebit.

Ob jedoch der Bürge, wie Fitting[1]) sich ausspricht, durch diese Entscheidung Afrikans „keine Einbuße erleidet", möge folgender Fall lehren:[2])

A schuldet an B; auf Bitten des A verbürgt sich C für ihn bei B, läßt sich aber für seine Rückgriffsklage eine Hypothek von A bestellen. Jetzt beerbt Bürge C den Gläubiger B. Nach den Quellen ist die Bürgschaft zerstört, damit ist zugleich die Regreßklage samt der Hypothekensicherung verloren und als C nun aus der Hauptobligation als Successor des B klagt, erweist sich A als zahlungsunfähig: C geht also leer aus.

Jedoch liegt es ganz in seiner Hand, dies mißliche Resultat zu verhüten: zahlt er nämlich vor dem Antritt der Erbschaft des B an den ruhenden Nachlaß gegen Klagabtrennung, so hat er nicht bloß die Forderungsklage als actio cessa, sondern in Konkurrenz mit ihr noch seine hypothekarisch versicherte Rückgriffsklage ex mandato.

Die Erhaltung der Mandatsklage beruht also auf der vom bloßen Willen des Bürgen abhängigen Erfüllung einer Förmlichkeit. Bereits mehrfach, zuletzt bei den aktiven Korrealobligationen ward darauf hingewiesen, daß eine derartige Vorauszahlung unmöglich zur Tilgung einer Pflicht oder zur Erhaltung eines Rechts geboten sein könne.

---

[1]) a. a. O. S. 127 a. E.

[2]) Vergl. Waldner a. a. O. S. 80 Anm. 81.

Diesen praktischen Erwägungen zufolge wird es sich trotz der klaren Entscheidung Afrikans in l. 21 § 5 D. de fid. 46, 1 und trotzdem die gesammte Litteratur [1]) dieselbe billigt, kaum umgehen lassen, dem regreßberechtigten Bürgen, welcher den Gläubiger beerbt, stets, auch ohne Erfüllung der Zahlungsformalität, die Befugnis zuzusprechen, sich für die ererbte Forderung als befriedigt zu betrachten. Wie sich nämlich jeder debitor gefallen lassen muß, daß ein Dritter für ihn licet invito et ignorante [2]) zahlt, so muß auch hier der Schuldner es mit ansehen, daß der Erbe des Gläubigers sich aus dem Bürgenvermögen für befriedigt erachtet und daraus die Konsequenzen zieht, d. h. den Hauptschuldner anhält, seine wohlbegründeten Verbindlichkeiten dem Bürgen gegenüber zu erfüllen.

Der Hauptschuldner hingegen kann den erbenden Bürgen nicht zwingen, daß er sich für die ererbte Forderung für befriedigt ansehe, denn wie bei der passiven Korrealobligation hat der Erbe nicht die Mittel erhalten, welche auch ohne die Konfusion notwendig ihm in Form der Zahlung hätten zugehen müssen.

Wichtig ist dies nur für die Verbürgung donandi animo; bezüglich der rückgriffsberechtigten Bürgschaft hingegen ist es ohne Interesse für den Hauptschuldner, ob die Konfusion wie Zahlung wirke oder nicht, denn in beiden Fällen bleibt er auf die Forderungsklage haftbar, da der Bürge, der sich so ansieht, als ob er gezahlt habe, die actio cessa haben muß. [3])

Der Fall, daß der Gläubiger den Bürgen beerbt, ist gleichermaßen wie der oben besprochene zu beurteilen. Denn wenn der in die Erbschaft des Bürgen berufene Gläubiger vor Antritt Zahlung fordert, so wird ihm der Nachlaßvertreter in Anbetracht der sich daraus entwickelnden Folgen kaum das beneficium excussionis entgegenstellen; würde dies doch einem Verzicht auf die Regreßklage gleichkommen.

Was die Entscheidung in l. 21 § 5 citat. betrifft, so kannte Afrikan die Lehre von der zahlungsgleichen Wirkung der Konfusion,

---

[1]) Fitting a. a. O. S. 127; Hasenbalg a. a. O. S. 658; Kretschmar a. a. O. S. 53; Friedmann a. a. O. S. 60; Baron a. a. O. S. 362.

[2]) l. 38 (39) D. de neg. gest. 3, 5, Gaius.

[3]) Dernburg, Pand. II § 49 Anm. 6 will mit Recht Übergang der Forderung von Rechtswegen in den Fällen annehmen, in denen eine ausdrückliche Cession zwecklose Formalität gewesen wäre. Ein solcher Fall ist der vorliegende unzweifelhaft.

denn er schwankt, ob nicht dieselbe auch hier bei der Bürgschaft anzuwenden sei:

quaeritur an quasi a se exegerit, habeat adversus reum mandati actionem,

sein Grund, um dieselbe abzulehnen — cum reus obligatus maneat — kann aber nicht durchschlagend sein,[1]) denn der reus bleibt auch dem Bürgen, der gezahlt und die Klage cediert erhalten hat, aus der Hauptschuld verpflichtet.

Es läge nahe, Afrikans Entscheidung durch eine andere seines Zeitgenossen Pomponius, die ihr anscheinend widerspricht, zu beseitigen:

l. 11 D. de mand. 17, 1. si ei cui damnatus ex causa fideiussoria fueram, heres postea exstitero, habebo mandati actionem.

Allein das Wort „damnatus" deutet auf eine vorangegangene Litiskontestation und Sentenzfällung, welche eine Konsumtion der Forderungsklage bewirkt hat, hin, so daß die Stelle bei dieser Auslegung keinen Widerspruch zu l. 21 § 5 cit. enthält.[2])

Zweiter Abschnitt.

Die Wirkungen der uneigentlichen Konfusion.

§ 11.

Die Konfusion nebeneinanderstehender Faktoren gleichen Ranges.

Während die eigentliche Konfusion als die Vereinigung der beiden gegenüberstehenden Seiten eines Rechtsverhältnisses, diesem Rechtsverhältnis ein Daseinserfordernis entzieht und so seinen Untergang bewirkt, wird bei der uneigentlichen Konfusion als der Vereinigung zweier nebeneinanderstehender Faktoren der Bestand des Schuldverhältnisses in keiner Weise berührt.

---

[1]) Vergl. Waldner a. a. O. S. 80 Anm.

[2]) § 496 A.L.R. Teil I, Tit. 16 bestimmt im Einklange mit den Quellen des römischen Rechts: „Wenn der Gläubiger den Bürgen oder dieser jenen beerbt, so werden zwar die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten aus der Bürgschaft aufgehoben; die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners aber bleiben unverändert."

Denn es bleibt der notwendige Gegensatz von Recht und Pflicht, da sich nur zwei auf derselben Seite stehende Einzelfaktoren auf einen Träger zusammenziehen.

Wir betrachten in diesem Abschnitt zunächst die Konfusion zweier aktiven oder passiven Faktoren gleichen Ranges, welche demselben Schuldverhältnis angehören, also das Zusammentreffen von zwei Korrealschulden oder zwei Korrealforderungen und von zwei Mitbürgschaften im nämlichen Subjekt.

Alle drei Fälle haben das Gemeinsame, daß zwei inhaltlich gleiche Berechtigungen oder Verpflichtungen desselben Schuldverhältnisses auf Grund einer Rechtsnachfolge nicht mehr von zwei Subjekten vertreten werden, sondern daß nunmehr eine Person beide Funktionen in sich verkörpert. Denn in der klassischen Rechtswissenschaft wurde es bereits allgemein anerkannt, daß dieselbe Person zwei inhaltlich identische Forderungen oder Verbindlichkeiten begründen und haben konnte:

l. 10 D. de a. e. v. 19, 1, Ulpianus: Non est novum, ut duae obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrant.

Es hätte somit kein Grund vorgelegen, zwei nebeneinanderstehende inhaltsgleiche Funktionen desselben Obligationennexus nicht kumulativ in einer Person fortbestehen zu lassen.

l. 5 D. de fideiuss. 46, 1, Ulpianus: . . . cum (obligationes) duae eiusdem sint potestatis, non potest repperiri, cur altera potius quam altera consumeretur. refert autem haec ad speciem, in qua vult ostendere non esse novum, ut duae obligationes in unius persona concurrant. est autem species talis. si reus promittendi reo promittendi heres extiterit, duas obligationes sustinet.

Der Erbe vereinigt also jetzt in seiner Person zwei Korrealschulden oder zwei Korrealforderungen, als Mitbürge ist er doppelt verhaftet. Will der Gläubiger die solidarische Verbindlichkeit im iudicium divisorium einklagen, so steht es ihm frei den Korrealschuldner-Erben auf zwei Teile zu belangen; nicht weniger ist der Erbe dem Rückgriffsrecht des Mitschuldners, der gezahlt hat, für zwei Quoten ausgesetzt.

Diese Ergebnisse haben die Quellen häufig und mit großer Ausführlichkeit erörtert:

1. Konfusion von zwei Korrealschulden:

l. 13 D. de duob. reis 45, 2, Venuleius: Si reus promittendi altero reo heres extiterit, duas obligationes eum sustinere dicendum est.

l. 5 D. de fideiuss. 46, 3: . . . reum vero reo succedentem ex duabus causis esse obligatum . . .

l. 93 § 1 D. de solut. 46, 3.[1])

2. Konfusion von zwei Korrealforderungen:

l. 13 D. de duob. reis. 45, 2, Venuleius: Ideoque et si reus stipulandi heres extiterit, duas species obligationis eum sustinere . . .

so auch l. 5 D. de fideiuss. 46, 1 und l. 93 pr. D. de solut. et liber. 46, 3.

3. Konfusion von zwei Mitbürgschaften:

l. 21 § 1 D. de fideiuss. 46, 1, Africanus: . . . et si fideiussor confideiussori heres extiterit . . . ex utraque obligatione tenetur . . .

Da einmalige Leistung seitens eines Schuldners den ganzen Schuldnexus zerstört, so wird diese Kumulation zweier Faktoren eines Schuldverhältnisses in der Regel nicht von erheblichen praktischen Folgen sein, jedoch führt Scaevola von der Konfusion von zwei Korrealforderungen aus:

l. 93 pr. D. de solut. 46, 3: . . . nam si alter ex reis pacti conventi temporali exceptione summoveri poterit, intererit is qui heres extitit, utrumne suo nomine an hereditario experiatur, ut ita possis animadvertere, exceptioni locus sit necne.

---

§ 12.

Die Konfusion nebeneinanderstehender Faktoren ungleichen Ranges (Hauptschuld und Bürgschaftsverbindlichkeit).

Da die Bürgschaft die zur Sicherung einer Obligation eingegangene Verbindlichkeit eines Dritten ist, kann der Hauptschuldner für seine eigene Schuld selbst eine Bürgenverpflichtung nicht begründen.

---

[1]) In dieser Stelle ist nach übereinstimmender Ansicht aller ein „non“ zu ergänzen, s. Mommsen, corp. iur. civ. S. 753 not. 8; Vangerow a. a. O. III § 620 S. 380.

l. 21 § 2 D de fid. 46, 1 Africanus: ... non intellegi posse, ut quis pro se fideiubendo obligatur ...

Jedoch erscheint uns der Übergang der einmal in der Person eines Dritten begründeten und existenten Bürgenverbindlichkeit durch Erbgang auf den Hauptschuldner keineswegs unmöglich. Wie der Korrealschuldner, der einen Mitschuldner beerbt hat, zwei Verpflichtungen vertritt, so sollte man allgemein annehmen, daß Schuld und Bürgschaft zwar in getrennten Personen entstehen müßten, darum aber als zwei nebeneinandergestellte Verpflichtungen desselben Inhalts in einer Person kumulativ fortbestehen könnten.[1])

Daß auch den Römern das Fortbestehen von prinzipaler und accessorischer Verpflichtung in derselben Person nicht als begrifflich widersinnig erschienen ist, wird sich im Laufe der Darstellung ergeben.

Im allgemeinen sind jedoch die Quellen über die Wirkung des Zusammentreffens von Bürgschaft und Hauptschuld anderer Meinung: beerbt der Bürge den Schuldner oder dieser jenen, so geht in der Regel die Bürgschaft unter:

l. 5 D. de fideiussor. 46, 1, Ulpianus: Generaliter Julianus ait eum, qui heres exstitit ei, pro quo intervenerat, liberari ex causa accessionis et solummodo quasi heredem rei teneri. denique scripsit, si fideiussor heres extiterit ei, pro quo fideiussit, quasi reum esse obligatum, ex causa fideiussionis liberari.

l. 14. D. de fideiuss. 46, 1, l. 93 § 2 D. de sol. 46, 3.

Die Begründung der Quellen für das Erlöschen der Bürgschaftsschuld besteht darin, daß hier zwei Obligationen sich in einem Subjekt vereinigen, welche nicht eiusdem potestatis[2]) seien; denn weil die eine eine prinzipale, die andere nur eine accessorische Schuld sei,[3]) bestehe zwischen beiden, „aliqua differentia“,[4]) es hebe mithin die maior obligatio die minor, die Bürgschaft auf, wie Papinian die ratio iuris formuliert.[5])

Ihre Motivierung des Unterganges läuft also auf die accessorische Natur der Bürgschaft hinaus: der Zweck der Bürgenverpflichtung ist die Sicherung der Hauptschuld; dem Gläubiger, welcher an der künftigen

---

[1]) Vergl. Hasenbalg a. a. O. S. 661.

[2]) l. 13 D. de duob. reis 45, 2; l. 5 D. de fid. 46, 1.

[3]) quae sequelae locum obtinet: l. 93 § 2 D. de sol. 46, 3.

[4]) l. 5 D. de fid. 46, 1.

[5]) l. 50 D. de fid. 46, 1; l. 3 D. de separat. 42, 6.

Zahlungsfähigkeit seines Schuldners zweifelt, wird noch eine zweite Person als Nebenverpflichteter geboten. Da die letztere Verbindlichkeit aber nur der Abglanz der ersteren ist und aus dieser allein ihre Kraft entnimmt, so kann sie auch nur bieten, was bereits in der Hauptschuld liegt. Deshalb hielt die römische Jurisprudenz ohne Rücksicht auf die konkreten Einzelfälle es für zwecklos, daß der Hauptschuldner noch neben seiner Obligation die des Bürgen in sich vereinige, da letztere als Spiegelbild der ersteren ja — de iure — gänzlich bedeutungslos sein mußte.

Wenn uns Scävola in l. 93 § 3 D. de solut. et lib. 46, 3 berichtet, daß Prokulus die Ansicht verfochten hat, bei Beerbung des Bürgen durch den Schuldner erlösche die Bürgschaft nicht, so kann dies bei der einstimmigen Verurteilung, die die prokulische Lehre von der späteren Jurisprudenz erfahren hat, lediglich als eine historische Reminiszens gelten:

> Quid ergo, si fideiussor reum heredem scripserit? confundetur obligatio secundum Sabini sententiam, licet Proculus dissentiat.

Eine Erklärung derselben zu finden ist nicht gelungen.[1]) Denn bei der abgerissenen Form der Bemerkung wird uns keine völlige Klarheit darüber verschafft, ob die Prokulianer im Gegensatz zu den Kassianern stets den Untergang der fideiussio bei Konfusion mit der Hauptschuld leugneten oder nur bei der Beerbung des Bürgen durch den Hauptschuldner.

Der Untergang der fideiussio bei Konfusion mit der Hauptschuld wird im allgemeinen nicht zu Unbilligkeiten führen; denn da der Hauptschuldner jetzt auch Eigentümer des Bürgenvermögens geworden ist oder umgekehrt, so unterliegt dem Angriffe des Gläubigers faktisch dieselbe Masse, aus der er vorher mit der Hauptklage und der Bürgschaftsklage Befriedigung erhalten hätte. Ist das Vermögen des Erben überschuldet, so kann sich der Gläubiger mittels des Absonderungsrechts vor dem ihm durch Erlöschen der Bürgschaft drohenden Nachteil schützen.[2])

---

[1]) Versuche bei Cujacius de African. tract. VII I pag. 1238; Lauterbach a. a. O. These LII; vergl. Hasenbalg a. a. O. S. 666; Friedmann a. a. O. S. 78.

[2]) l. 3 D. de separat. 42, 6.

Recht empfindlich aber könnte das Erlöschen der fideiussio durch Konfusion für den Gläubiger werden, wenn die Obligation klaglos, naturalis tantum, die fideiussio aber klagbar wäre. Diesem Umstand hat bereits Afrikanus Rechnung getragen; denn er führt aus, daß bei Zusammentreffen von obligatio naturalis und fideiussio civilis die letztere Verpflichtung nicht untergehen solle:

l. 21 § 2 D. de fideiuss. 46, 1: Quodsi hic servus manumissus (naturaliter obligatus) fideiussori suo heres existat durare causam fideiussionis putavit et tamen nihilo minus naturalem obligationem mansuram, ut, si obligatio civilis pereat, solutum repetere non possit.

Die Thatsache der Erhaltung der klagbaren Bürgschaft neben der klaglosen Hauptschuld führt Afrikan zu einer offenbar verfehlten Begründung des Erlöschens der fideiussio bei Vereinigung mit der civilen Hauptschuld:

quia tunc duplex obligatio civilis cum eodem esse non potest.

Denn bereits zu Julians Zeiten[1]) bestanden zwei Korrealschulden in derselben Person fort.

Die Lehre, daß die Vereinigung der Rolle des Schuldners und des Bürgen stets Erlöschen der Bürgschaft nach sich ziehe, scheint trotz Afrikans Einspruch aber um die Wende des II. Jahrhunderts noch immer Dogma der römischen Rechtswissenschaft gewesen zu sein, berichtet doch Papinian in

l. 95 § 3 D. de solut. et liber. 46, 3: Quod volgo iactatur fideiussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fideiussionis liberari ....

Zugleich macht er gegen deren allgemeine Gültigkeit Front und stellt als Regel auf:

... totiens verum est quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur.

Der Untergang der Bürgschaft bei Konfusion mit der Hauptschuld soll also dadurch bedingt sein,[2]) daß sich die Hauptobligation als „vollkräftiger," plenior, wie die Bürgschaft erweise — natürlich

---

[1]) l. 5 D. de fid. 46, 1.

[2]) Hasenbalg a. a. O. S. 674.

vom Standpunkte des Gläubigers aus, denn inhaltlich konnte die fideiussio nie auf ein Mehr als die Hauptschuld gehen.[1])

Was nun unter „plenior“ zu verstehen sei, führt Papinian im nämlichen Paragraphen der l. 95 selbst aus. Zunächst wendet er sich zur Naturalobligation und entscheidet wie Afrikan:

> nam si reus dumtaxat fuit obligatus [naturaliter, fideiussor non liberabitur: si civiliter fuit obligatus] liberabitur.“[2])

Ist also die Hauptschuld nur natural, so überwiegt derart die Klagbarkeit der fideiussio die Prinzipalität der Hauptobligation, daß die obligatio rei als minus plena erscheint und sich die fideiussio trotz ihrer Accessorietät wegen ihrer Klagbarkeit erhält. Natürlich muß auch die naturale Hauptschuld bestehen bleiben:

> durare causam fideiussionis et... nihilo minus naturalem obligationem mansuram ... l. 21 § 2 D. de fid. 46, 1.

Als plenior ist die Bürgschaft gegenüber der minus plena obligatio rei demnach zunächst dann anzusehen, wenn sie durch ihre Klagbarkeit die bloß klaglose Hauptschuld überragt.

Was weiter unter einer plenior fideiussio zu verstehen sei, darüber sind die Meinungen geteilt.

Girtanner[3]) meint, die römische Jurisprudenz habe dadurch, daß die bloße Möglichkeit des Fortbestehens der Bürgschaft neben der Hauptschuld durch Afrikan und Papinian Anerkennung fand, dargethan, daß sie darauf verzichte das accessorische Verhältnis der fideiussio zur Hauptschuld als Grundlage für das Konfusionsprinzip zu nehmen; für Beurteilung des „plenior“ könne es demgemäß nur noch auf die „rechtliche Wirksamkeit“ ankommen. Die Lehrbücher von Dernburg,[4]) Windscheid[5]) und Arndts[6]) sprechen sich dahin aus, daß die Bürgschaft sich erhalte wenn sie „mehr Vorteile biete als die Hauptschuld“ (Dernburg)

---

[1]) Ulpianus sagt in l. 5 D. de fid. 46, 1 ebenfalls: „quia rei obligatio plenior est“, offenbar spricht er den Satz seinem Vorgänger nach.

[2]) So die Lesart der Mommsenschen Ausgabe (S. 754 Anm. 7), wie sie durch die Basiliken gerechtfertigt ist: Bas. XXVI 5 cap. 95 (Heimbach III S. 126): .... εἰ γὰρ ὁ ἐναγόμενος φύσει μόνον ἠνείχετο, οὐκ ἀπόλλυται .... Vangerow a. a. O. III § 620₂ S. 380.

[3]) a. a. O. S. 491 f.

[4]) Pand. II § 82 Anm. 6.

[5]) Pand. II § 480 Nr. 2.

[6]) Pand. § 273 Anm. 3.

oder wenn sie „wirksamer" sei (Windscheid, Arndts). Hasenbalg[1]) will hingegen jede civile Hauptschuld als plenior der mit ihr zusammentreffenden Bürgschaft gegenüber bezeichnet wissen.

Und in der That lehrt die Fortsetzung des § 3 (l. 95), daß Papinian offenbar nur eine naturale Hauptschuld bei seiner Regel im Sinne hatte, denn er fährt fort:

> e contrario non potest dici non tolli fideiussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem …

Sofern also der Hauptschuldner sich einer persönlichen Einrede bedienen darf, die das gläubigerische Forderungsrecht entkräftet, soll doch die Hauptschuld der mit ihr sich vereinigenden Bürgschaft gegenüber als plenior erscheinen, obgleich diese sich der persönlichen Einreden nicht bedienen darf und demnach realisirbar wäre. Papinian zieht hier den praktischen Gesichtspunkt, daß eine naturale Hauptschuld für den Gläubiger im Grunde dasselbe wie eine nicht beitreibbare bedeutet, überhaupt nicht in Betracht.

Wir werden also der Ansicht Hasenbalgs[2]) beitreten müssen, daß Papinian ganz allgemein ohne Rücksicht auf den konkreten einzelnen Fall jede Hauptschuld als plenior bezeichnen wollte, welche civilis war, weil sie dann kraft ihrer prinzipalen Natur und ihrer begrifflichen Klagbarkeit juristisch immer die accessorische Bürgschaft an Kraftfülle überragen mußte.

Diese Ansicht wird denn auch zu Grunde zu legen sein bei der Entscheidung der Frage, ob die Hauptobligation deshalb als minus plena erscheine, weil die sich mit ihr vereinigende fideiussio durch Pfand oder Nachbürgschaft bedeckt ist. Diesen Fall behandelt Afrikan in l. 38 § 5. D. de solut. et liber. 46, 3.

Die beiden von ihm entschiedenen Fälle sind folgende:

1. A hat sich für B bei Titius verbürgt und hat seine Bürgenverbindlichkeit mit einem Pfand versichert, danach setzt er B zum Erben ein und stirbt:

> quamvis ex causa fideiussionis non tenearis, nihilo minus tamen pignus obligatum manebit.

---

[1]) a. a. O. S. 680. Er macht auf Grund des korrumpierten Schlußsatzes des § 3 l. 95 cit. nur eine unwesentliche Ausnahme von dieser Regel; s. S. 676.

[2]) Diese Anschauung vertritt auch Friedmann a. a. O. S. 74.

2. A hat für seine Bürgschaft eine Nachbürgschaft statt des Pfandes bestellt:

rectius existimari ait sublata obligatione eius, pro quo fideiussum sit, eum quoque qui fideiusserit liberari.

Dernburg[1]) und Baron[2]) sind der Ansicht, daß im ersten Falle die Bürgschaftsobligation trotz der Vereinigung mit der Hauptschuld fortdauere, weil diese der durch Pfand gedeckten Bürgschaft gegenüber nicht als plenior erscheine. Dernburg schließt auf einen bloß naturalen Fortbestand der fideiussio, denn Afrikan sage ausdrücklich:

quamvis ex causa fideiussoria non tenearis.[3])

Hinsichtlich des zweiten Falles betrachten Dernburg[4]) sowohl als Girtanner[5]) Afrikans Entscheidung als antiquiert, da Papinian den Untergang der Bürgschaft nicht mehr anerkenne, wenn dieselbe dem „Gläubiger mehr Vorteile als die Hauptschuld biete". Daß aber dieser Satz in Ansehung der wesentlichen Einschränkung, welche ihm Papinian selbst sofort nach seinem Aussprechen erteilt hat, kaum anerkannt werden kann, ward oben nachzuweisen versucht.

Nach dem Ausgeführten muß es als unzweifelhaft gelten, daß hier in beiden Fällen die fideiussio durch Konfusion mit der klagbaren Hauptschuld erloschen ist:

... quamvis ex causa fideiussoria non tenearis ... sublata obligatione eius ...

Damit müßten denn auch das Pfandrecht und die Afterbürgschaft als Accessoria der vernichteten Bürgschaft untergehen. Wenn dennoch das Pfandrecht bestehen bleiben soll, wie Afrikan entscheidet, so erklärt sich dies wohl folgendermaßen:[6])

Wenn der Bürge A ein Pfand bestellte, so wollte er damit die Forderung des Gläubigers gegen ihn versichern; indirekt wird damit aber auch die Hauptforderung gegen B sichergestellt, denn beide sind ihrem Leistungsgegenstande nach dieselbe. Tritt nun Beerbung zwischen B und A ein, so geht nach formalem Recht mit der Bürgschaft auch

---

1) Pand. II § 82 Anm. 6; Pfandr. II S. 592.
2) a. a. O. S. 360 ob.
3) Vergl. Büchel a. a. O. I 1 S. 57 (Schott a. a. O. S. 53).
4) Pand. II § 82 Anm. 6 (anders Pfandr. II S. 593).
5) Girtanner a. a. O. S. 492 u. S. 513.
6) So auch Hasenbalg a. a. O. S. 671.

das Pfandrecht unter. Das bedeutet für den Gläubiger aber einen empfindlichen Verlust, für den Erben eine völlig unverdiente Befreiung von einer wohlbegründeten Verbindlichkeit: denn er selbst oder sein Erblasser bestellte das Pfand, welches zugleich indirekt eine Sicherung für die auch jetzt noch unberührt fortdauernde Hauptschuld abgab. Um eine solche nur durch die Form, nicht aber durch das wahre Recht motivierte Bereicherung des Verpfänders und Schuldners auf Kosten seines Gläubigers zu verhüten, läßt Afrikan das Pfandrecht als Sicherung für die Hauptschuld fortdauern. — Anders bei der Nachbürgschaft: hier ist es eine dritte Person, welche sich accessorisch verpflichtete und der es nur um Sicherung der prinzipalen Bürgschaft zu thun war. Der Umfang ihrer Verpflichtung kann nur der von ihr bei Eingehung derselben beabsichtigte sein und darf nicht wie beim Pfandrecht der aequitas gegen den Gläubiger zu Liebe erweitert werden; der Nachbürge kann, wie Goldschmidt[1]) sagt, „verlangen, daß er nicht nach billigen Rücksichten auf den Gläubiger, sondern, daß er nach seinem Recht behandelt werde."

Friedmann[2]) sieht in der letzten Entscheidung der l. 38 § 5 eine „unvollendete Entwickelung des römischen Rechts"; denn Afrikan scheue sich, die Afterbürgschaft gleichermaßen, wie das Pfandrecht nach Untergang der versicherten Bürgschaftsobligation auf die „gegenständlich" mit der erloschenen Obligation „identische" Hauptschuld zu übertragen, weil die Bürgschaft noch unter der Herrschaft „althergebrachter Regeln" gestanden habe. Nach ihm muß mithin heute die Afterbürgschaft fortdauern, ebenso wie das Pfandrecht für die Hauptschuld fortdauert. Allein er entschließt sich damit aus Billigkeitsrücksichten gegen den Gläubiger zu einer Unbilligkeit gegen den Dritten, der nur die Bürgschaftsschuld sichern wollte, und leitet aus einem einzelnen singulären Falle, wie die erste Entscheidung in l. 38 § 5 ist, eine gewichtige Regel ab.[3])

---

[1]) Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 353.

[2]) a. a. O. S. 81.

[3]) Nach dem A.L.R. Teil I Titel 16 § 495 wird durch die Vereinigung der Bürgschaftsverbindlichkeit mit der Hauptschuld „in den Rechten des Gläubigers nichts geändert". Bürgschaft und Hauptschuld dauern also neben einander in einer Person fort.

Vierter Teil.

Die Wirkungen der Konfusion nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 18. August 1896.

Erster Abschnitt.

Die Wirkungen der eigentlichen Konfusion.

§ 13.

Vorbemerkungen.

Da das B.G.B. in noch vollkommenerem Maße als die bisher ergangenen Reichsjustizgesetze sich befleißigt hat, für die gebräuchlichen, aus dem Lateinischen abgeleiteten Kunstausdrücke deutsche Bezeichnungen zu schaffen, so findet sich in ihm der Ausdruck „Konfusion" nicht. Die Wiedergabe des Begriffs geschieht vielmehr meist durch den Ausdruck „Vereinigung", bisweilen durch die Bildung eines Satzes, dessen Zeitwort „sich vereinigen" ist.

An dinglichen Rechten außer dem Eigentum kennt das B.G.B. das Erbbaurecht, die Dienstbarkeiten, in deren Gebiete sich an die aus dem gemeinen Rechte bekannten Grundgerechtigkeiten und den Nießbrauch die „beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten,"[1]) nämlich unübertragbare Rechte einzelner Personen an Grundstücken von dem Inhalte der Grundgerechtigkeiten, anreihen, sodann das Vorkaufsrecht, die Reallasten, das Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten, endlich die drei Formen des Immobiliarkredits: die Hypothek, die Grundschuld und die Rentenschuld.

Der Entscheidung der zunächst nur im Hinblick auf das gemeine Recht aufgeworfenen Frage, die hier für das Recht des B.G.B. nachträglich der Klarstellung bedarf: ob der Begriff der Konfusion außer in dem Rechte der Schuldverhältnisse, wo er aus dem unwandelbaren Begriffe der Obligation mit zwingender Notwendigkeit sich ergiebt, auch im Gebiete des Sachenrechts aufgestellt werden kann, kommt das B.G.B. insofern entgegen, als es mehrfach von einer stattfindenden Vereinigung von „Recht" und „Belastung" spricht, mithin die sich beim dinglichen Rechte an fremder Sache vorfindenden gegensätzlichen Faktoren auch äußerlich kennzeichnet. Sodann regelt es auch in mehreren Fällen[2]) die Wirkungen der Konfusion für beide Rechts-

---

[1]) §§ 1090, 1092.

[2]) §§ 1976, 1991 Abs. 2, 2143, 2175, 2377.

gebiete gemeinsam und gleichartig. Eine gemeinschaftliche Behandlung der in beiden Rechtsgebieten vorkommenden Vereinigungen unter dem Gesamtbegriff „Konfusion“ ist daher auch für das Recht des B.G.B. durchaus angängig.

Aus dem Umstande, daß das B.G.B. die „Belastung“ der Sache als einen sämtlichen dinglichen Rechten gemeinsamen und für alle gleichgeeigenschafteten Begriff verwendet, folgt, daß das B.G.B. in der aus dem römischen Rechte überkommenen Weise nicht nur das Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten, sondern auch die Hypothek und die Grundschuld als auf der Sache als solcher lastende, daher dem Eigentümer derselben ein Duldenmüssen auferlegende Rechte ansieht.[1]) Es hat sonach die vielfach vertretene und befürwortete Lehre[2]) abgelehnt, der zufolge das Immobiliarkreditrecht nur dann gleichzeitig den Anforderungen des Verkehrs und der theoretischen Wissenschaft zu genügen vermöge, wenn es als s. g. Realobligation oder Realschuld gedacht werde, nämlich als ein an das Grundstück selbst oder an die durch das Eigentumsrecht daran gekennzeichnete Person gerichteter Anspruch.

Ebensowenig läßt dieser Umstand die Annahme zu, daß Hypothek und Grundschuld nicht am Grundstück selbst, sondern am Werte desselben bestellt sind.

Die Möglichkeit, dies anzunehmen, würde die Voraussetzung sein zur Hineintragung des s. g. Prinzips der festen Stellen, das von vielen Schriftstellern eindringlich empfohlen wird. Dasselbe würde das Vorrücken der Nachhypotheken beim Fortfall einer vorstehenden Hypothek verhindern. Das B.G.B. jedoch hält an dem römisch-rechtlichen Grundsatz des eventuellen Aufrückens fest. Die diesbezügliche ausdrückliche Vorschrift des ersten Entwurfs (§ 1102) ist aus dem Gesetzbuch als eine selbstverständliche Konsequenz verschwunden.[3])

Der für die Besprechung der Konfusionserscheinungen erheblichste Unterschied zwischen dem gemeinen Rechte und dem B.G.B. ist die aus dem deutschen Rechte herstammende Teilung des Sachenrechts in ein Liegenschafts- und ein Fahrnisrecht, welche das Gesetzbuch inhaltlich zu Grunde legt, wenngleich dies aus der systematischen Anordnung des dritten Buchs nicht zu Tage tritt, und die sich hieran anschließende

---

[1]) Vergl. §§ 1113, 1191.

[2]) Bähr a. a. O. S. 150ff.; Meibom, Arch. f. c. P. Bd. 74 S. 338; Stobbe a. a. O. II § 109 S. 333.

[3]) Protokolle S. 4514; Reatz a. a. O. S. 569.

Regelung der gesamten Rechtsverhältnisse an Grundstücken auf der Grundlage des öffentlichen Buchs. Diese Maßnahme macht eine gesonderte Behandlung der Konfusionserscheinungen an den im Grundbuch eingetragenen Rechtsverhältnissen erforderlich. Ihrer wird in den §§ 15 und 16 gedacht werden.

Was die Vermittelung der Konfusion anlangt, so ist hier vorauszuschicken, daß die Gesamtsrechtsnachfolge, nämlich der Übergang der Erbschaft auf den Erben, nicht wie nach gemeinem Rechte erst dann vor sich geht, wenn der Erbe die Erbschaft angenommen hat, sondern daß nach dem § 1942 B.G.B. die Erbschaft dem berufenen Erben kraft des Gesetzes anfällt und ihm nur das Recht gewahrt bleibt, die Erbschaft auszuschlagen.

Hinsichtlich der Einzelrechtsnachfolge tritt im B.G.B. zu den im gemeinen Rechte bekannten Formen noch der mit dem Eintritte eines gewissen Ereignisses kraft des Gesetzes erfolgende Übergang eines Rechts auf ein anderes Subjekt. Die betreffenden Fälle werden im Laufe der Erörterung zur Sprache kommen.

---

§ 14.

Die Konfusion der Rechtsverhältnisse an beweglicher Sache und der Schuldverhältnisse.

A.

Von begrenzten Rechten an beweglicher Sache kennt das B.G.B. aus dem Abschnitte der Dienstbarkeiten den Nießbrauch an einer beweglichen Sache oder an einem Rechte, sodann das Pfandrecht an einer beweglichen Sache, endlich das Pfandrecht an einem Rechte. Zur Bestellung des Nießbrauchs und des Pfandrechts an beweglichen Sachen ist die Übergabe der Sache an den dies Recht Erwerbenden nach §§ 1032, 1205 erforderlich. Ebenso erfolgt die Bestellung des Nießbrauchs oder Pfandrechts an einem Rechte gemäß §§ 1069, 1274 nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Regeln.

Der Nießbrauch ist nach § 1030 das besondere auf einer Sache lastende Recht, die Nutzungen derselben zu ziehen.

Das Pfandrecht ist nach § 1204 das auf einer beweglichen Sache zur Sicherung seiner Forderung lastende Recht des Gläubigers, Befriedigung aus der Sache zu suchen.

Da der Eigentümer nach § 903 befugt ist, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen, so zieht der Eigentümer die Nutzungen seiner Sache kraft seines Eigentumsrechts. Befriedigung ferner aus eigener Sache zu suchen, ist undenkbar.

Deshalb können der Nießbrauch und das Pfandrecht nur an einer dem Berechtigten nicht gehörigen, ihm fremden Sache bestehen.

Aus den Begriffen des Nießbrauchs und des Pfandrechts ergiebt sich also mit logischer Notwendigkeit auch nach dem B. G. B. der Satz, daß bei einer Vereinigung der beiden gegensätzlichen Faktoren des Rechts und der Belastung in einem Träger das Rechtsverhältnis des Nießbrauchs und des Pfandrechts wegen Daseinsunmöglichkeit untergehen muß. Dies sprechen die §§ 1063, 1256 ausdrücklich aus:

§ 1063 Abs. 1: Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache erlischt, wenn er mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft.

§ 1072: Die Beendigung des Nießbrauchs tritt nach den Vorschriften des § 1063 . . . auch dann ein, wenn das dem Nießbrauch unterliegende Recht nicht ein Recht an einer beweglichen Sache ist.

§ 1256 Abs. 1: Das Pfandrecht erlischt, wenn es mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft. . . .

Einen gleichen Anspruch für die Vereinigung von Forderung und Schuld enthält das Gesetzbuch nicht. Im ersten Entwurfe zwar hieß es in

§ 291: das Schuldverhältnis erlischt, wenn Forderung und Verbindlichkeit in derselben Person sich vereinigen.

Dieser Satz wurde jedoch in den späteren Entwürfen auf Grund der Erwägung ausgeschieden, daß er einen nicht in das Gesetz gehörenden wissenschaftlichen Lehrsatz enthielte, welcher sich aus dem Wesen der Obligation von selbst ergäbe, sich übrigens auch aus den im Gesetzbuch enthaltenen Ausnahmen unschwer ableiten ließe.[1])

Bei der unwandelbaren Natur der Obligation gilt daher auch für das B. G. B., ohne daß es einer Vorschrift bedarf, der Satz, daß durch die Vereinigung der beiden Faktoren des Rechts und der Pflicht dem Schuldverhältnis ein Existenzerfordernis genommen wird und dies daher von Rechtswegen und vollständig zu Grunde geht.

---

[1]) v. Jeklin bei Gruchot Bd. 37 S. 113 und die Protokolle S. 757.

B.

Als die praktisch wichtigste Ausnahme von dem Grundsatz der zerstörenden Wirkung der Konfusion wurde oben[1]) sowohl bei den dinglichen Rechten wie bei den Schuldverhältnissen der Fall erkannt, daß die zur Vereinigung gelangende Berechtigung mit dem dinglichen Rechte eines Dritten belastet war. Dies kann sich nun auch nach dem B.G.B. ereignen.

Eine allgemeine bestimmte Regel aufzustellen zur Entscheidung der Frage, ob dann trotz der Vereinigung das betreffende Rechtsverhältnis erlösche oder ob es durch das dingliche Recht des Dritten vor dem Untergange bewahrt werde, enthält sich zwar das B.G.B. Nichtsdestoweniger geht aber die Stellung, die es zu dieser Frage allgemein einnimmt, deutlich aus einer einzelnen Bestimmung hervor.

Was zuvörderst die Vorgeschichte dieser anlangt, so finden sich im ersten Entwurfe mehrere Regeln zur Beantwortung der Frage. Dies sind die folgenden:

§ 1016 . . . Die Aufhebung (des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache dadurch, daß das Eigentum sich mit ihm in derselben Person vereinigt) tritt nicht ein, solange der Nießbrauch mit dem Rechte eines Dritten belastet ist.

§ 1193 . . . Die Aufhebung (des Pfandrechts durch Vereinigung des Eigentums an dem Pfande und der durch das Pfandrecht gesicherten Forderung in derselben Person) tritt nicht ein, solange die Forderung mit dem Rechte eines Dritten belastet ist . . .

§ 1032: Vereinigen sich die dem Nießbrauch unterliegende Forderung und die Verbindlichkeit in derselben Person, so wirkt die Vereinigung nicht gegen den Nießbraucher.

§ 1223: Vereinigen sich die dem Pfandrechte unterliegende Forderung und die Verbindlichkeit in derselben Person, so wirkt die Vereinigung nicht gegen den Pfandgläubiger.

Die Bestimmungen der §§ 1016, 1032 und 1223, die die Frage ebenfalls zu Gunsten des Drittberechtigten entschieden, sind jedoch durch die zweite Kommission ausgemerzt worden, und zwar weil sie ihr bezüglich der §§ 1032, 1223,[2]) selbstverständlich erschienen. In das B.G.B. übergegangen ist hingegen § 1193. Es ist dies der

---

[1]) Siehe § 3 S. 22 und § 7 S. 47.

[2]) Zu § 1032: Protokolle S. 4125: „Es folge aus der dinglichen Natur des Nießbrauchs, daß die Vereinigung dem Rechte des Nießbrauchers keinen Ab-

§ 1256: . . . Das Erlöschen (des mit dem Eigentum in derselben Person zusammentreffenden Pfandrechts) tritt nicht ein solange die Forderung, für welche das Pfandrecht besteht, mit dem Rechte eines Dritten belastet ist.

Die Bestimmung des § 1016 des ersten Entwurfs mußte fallen, weil inzwischen auch seine Voraussetzung, die in § 1011 enthaltene Übertragbarkeit des Nießbrauchs gefallen war.[1]) Denn da die Bestellung eines Nießbrauchs oder Pfandrechts an einem Rechte nur nach den für die Übertragung dieses Rechts geltenden Vorschriften geschieht, der Nießbrauch aber nach § 1059 unübertragbar ist, so kann er mit dem dinglichen Rechte eines Dritten nicht belastet werden. Die nach § 1059 zulässige Überlassung seiner Ausübung giebt dem Dritten einen lediglich persönlichen Anspruch.

Die sinnentsprechende Anwendung des § 1256 B.G.B. auf die gleichartigen Fälle des Schuldverhältnisses, die nicht ausdrücklich im B.G.B. geregelt sind, ergiebt, daß die mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht belastete Forderung, die mit der Schuldverbindlichkeit in einer Person zusammentrifft, fortbesteht. Die vernichtende Wirkung der Konfusion kann nicht eintreten, weil die Berechtigung sich nicht in ihrem ganzen Umfange mit der Verpflichtung vereinigt. Das an der Berechtigung haftende Recht des Dritten verhütet ihren Eintritt.

Aus der nunmehr vorliegenden Fassung muß aber auch die Stellung des B.G.B. zu der bereits berührten[2]) Streitfrage, in welchem Umfange die Rechte fortbestehen, entnommen werden.

Die gestrichenen §§ 1032, 1223 des ersten Entwurfs bestimmten nämlich, daß bei einer Vereinigung der einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht unterliegenden Forderung mit ihrer Schuld, „die Vereinigung nicht gegen den Nießbraucher oder den Pfandgläubiger wirkte“. Damit würde der oben erwähnten Ansicht gesetzliche Anerkennung geworden sein, derzufolge der Nießbrauch oder das Pfandrecht des Dritten den Untergang der Obligation durch Konfusion nicht absolut aufhielte: die Forderung sollte für Fernstehende erlöschen, nur für die Interessen des Nießbrauchers oder des Pfandberechtigten noch fort-

---

bruch thue“; zu § 1223 Prot. S. 4353: gestrichen „weil die entsprechende für den Nießbrauch aufgestellte Vorschrift gestrichen ist.“

[1]) Protokolle S. 4098—4102.

[2]) Siehe § 3 S. 25 und § 7 S. 48.

bestehen, also nur „relativ“. Die Motive[1]) erklären sich denn auch ausdrücklich für eine nur „zu Gunsten des Nießbrauchers anzunehmende in gewisser Weise relative Fortdauer des aufgehobenen (!) Rechts.“

Damit nicht im Einklang stand der später gefallene § 1016 und der in das Gesetzbuch übergegangene § 1193 des ersten Entwurfs. Denn nach diesen sollte ein Untergang des mit dem Eigentum vereinigten Nießbrauchs oder Pfandrechts durch das daran haftende Recht des Dritten auch Unbeteiligten gegenüber nicht eintreten, so daß die zur Vereinigung gelangten Rechte „absolut“ fortbestanden. Es wäre damit also eine verschiedene Behandlung der Konfusionserscheinung bei dinglichen Rechten und bei Schuldverhältnissen geschaffen worden.

Da nun aber im B.G.B. selbst die Wirkung der Vereinigung einer Forderung, die mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht belastet ist, und ihrer gegenüberstehenden Verpflichtung gesetzlich nicht festgelegt worden ist, so muß dieselbe aus der für einen rechtsähnlichen Fall gegebenen Vorschrift abgeleitet werden. Ein solcher kann und muß aber das in § 1256 geregelte Zusammentreffen des samt seiner Forderung mit dem Rechte eines Dritten belasteten Pfandrechts und des Eigentums in derselben Person sein. Die sinngemäße Anwendung dieser Regel auf den Vereinigungsfall der Obligation ergiebt dann das für das gemeine Recht gefundene Ergebnis, welches Einklang zwischen der Konfusionserscheinung bei dinglichen Rechten und bei Schuldverhältnissen schafft. Das zur Vereinigung gelangte Forderungsrecht bleibt also auch absolut bestehen und kann daher vom Konfusionssubjekt weiterbegeben oder weiterbelastet werden.

Gegen die Übertragung des aus § 1256, einer sachenrechtlichen Verordnung, entnommenen Grundsatzes auf ein persönliches Rechtsverhältnis dürfen Bedenken nicht erhoben werden.

Aus dem Gesetzbuche ist nämlich ein Grund der für ein bloß relatives Fortbestehen der Forderung spräche, nicht zu entnehmen. Dadurch daß das B.G.B. im Erbrecht die Konfusionswirkungen für dingliche Rechte und Schuldverhältnisse gemeinsam und gleichmäßig ordnet, erkennt es selbst das Vorhandensein übereinstimmender Konfusionsgrundsätze in beiden Rechtsgebieten an und läßt die sinnentsprechende Übertragung der in einem Gebiete für die Konfusionserscheinung bestehenden Regel auf das andere Gebiet zulässig scheinen. Außerdem hat die Struktur der Obligation naturgemäß keine Veränderung im

---

[1]) Band III S. 550.

B.G.B. erfahren können. Wenn daher diese Konstruktion ihres Fortbestandes im gemeinen Rechte hat aufgestellt werden können, so darf sie auch schon an sich unbedenklich in das B.G.B. hineingetragen werden.

Nur aus dem Umstande, daß eine andere Regelung dieses Falles gestrichen ist, weil sie den Kommissionsmitgliedern ein selbstverständliches Ergebnis erschien, kann ein Beweisgrund gegen den Schluß nicht genommen werden. Denn die in den Beratungsprotokollen niedergelegte Ansicht der Kommissionsmitglieder muß solange unmaßgeblich bleiben, als eine Entscheidung der von ihr beantworteten Frage aus dem Gesetze selbst gefunden werden kann.

Das Konfusionssubjekt kann sein Forderungsrecht allerdings nicht ausüben. Denn von sich selbst kann Niemund etwas fordern und aus Eigenem kann Niemand sich befriedigen. Das Recht ruht also. Der § 1077, wonach der Schuldner nur an den Nießbraucher und den Gläubiger gemeinschaftlich zahlen, und der § 1281, demgemäß der Schuldner vor der Fälligkeit der pfandlich gesicherten Forderung nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich leisten kann, wird mithin nicht praktisch werden. Da aber jeder der beiden — der Gläubiger einerseits, der Nießbraucher oder Pfandgläubiger andererseits — statt der Leistung weiter verlangen[1]) darf, daß der geschuldete Gegenstand für beide hinterlegt oder an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert werde, so hat der Nießbraucher überhaupt, der Pfandgläubiger auch vor der Fälligkeit seiner Forderung, die ihn nach § 1282 erst zum alleinigen Einziehungsberechtigten macht, eine Möglichkeit, sich vor Nachteil zu sichern.

C.

Was zu halten ist, wenn nicht die Berechtigung beschwert ist, sondern das belastete Eigentum dem weiteren dinglichen Rechte eines Dritten unterliegt, ist aus positiven Anordnungen des B.G.B. zu entnehmen. Die §§ 1063, 1256, welche den Untergang des Nießbrauchs und Pfandrechts für den Konfusionsfall anordnen, enthalten nämlich noch einen zweiten übereinstimmenden Satz:[2])

Der Nießbrauch — das Pfandrecht — gilt als nicht erloschen,

---

[1]) §§ 1077 und 1281.

[2]) Der Absatz II des § 1063 ist erst in der Kommission des Bundesrats hinzugefügt worden. Die Motive Bd. III S. 531 lehnen ihn noch ausdrücklich als überflüssig ab.

soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Nießbrauchs — Pfandrechts — hat.

Offenbar[1]) hat diese Bestimmung den Fall im Auge, daß auf einer Sache mehrere dingliche Rechte ungleichen Ranges, mehrere nacheinander bestellte Nießbrauchs- oder Pfandrechte lasten. Vereinigt sich nun die erststellige Berechtigung mit dem Eigentum, so hat das Konfusionssubjekt das äußerste rechtliche Interesse daran, Nießbraucher oder Pfandgläubiger zu bleiben. Denn sobald es dies nicht mehr ist, rücken die nachstehenden Nießbraucher oder Pfandgläubiger an die erste Stelle und entziehen ihm die Sache. Aber auch hier wird zu sagen sein, daß durch die dinglichen Rechte, die an dem mit dem erststelligen Nießbrauch oder Pfandrecht beschwerten Eigentum bestellt worden sind, der Untergang des zur Vereinigung gelangten Rechtsverhältnisses abgewehrt wird, weil nicht die ganze Belastung mit der Berechtigung zusammenfließt.

Allein nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift soll das Fortbestehen des Rechts nur ein beschränktes sein. Soll es doch nur soweit als vorhanden gelten, als das Interesse des Eigentümers es erfordert. Damit ist also ein nur relatives Bestehen im Gegensatze zu der im zweiten Satze des § 1256 Abs. 1 vorgeschriebenen absoluten Fortdauer des Pfandrechts angeordnet und daraus erklärt sich die fiktive Fassung des Satzes. Nur der Eigentümer kann sich auf den Bestand des Rechts den an seiner Sache nachstehend Berechtigten gegenüber berufen. Nicht aber können Dritte das Pfandrecht zusammen mit der auf ihn gelangten Forderung, die gegen einen Drittschuldner geht, etwa im Anschlusse an das erste Pfandrecht pfänden, denn für sie ist das Recht erloschen. Ebensowenig kann der Eigentümer es mit dieser Forderung weiterabtreten.

Die Vorschrift des § 1256 Abs. 2 muß jedoch in ihrer Anwendung auf die Fälle beschränkt bleiben, bei denen das von dem Pfandrecht gedeckte Schuldverhältnis die Vereinigung in einer Person nicht mitmacht, weil ein Dritter der Schuldner ist. Denn ist der Eigentümer zugleich auch persönlich verpflichtet, so fließen Forderung und Schuld hier zusammen und das Schuldverhältnis geht unter. Da nach § 1252 das Pfandrecht aber ausnahmslos mit der Forderung erlischt, für die es besteht, so muß es hier mit zu Grunde gehen. Als rein accessorisches und unselbständiges Recht kann es ebensowenig wie im römischen Rechte[2]) imstande sein, die tilgende Konfusionswirkung abzuwehren.

[1]) Vergl. Motive Bd. III S. 842.

[2]) Siehe § 8 S. 54.

D.

Damit die Tilgung eines Schuldverhältnisses durch Konfusion ein Dritter sich nicht zu Nutzen machen kann, um unter Berufung auf den thatsächlich befriedigungslosen Untergang sich einen materiell ungerechtfertigten Vermögensvorteil auf Kosten des Konfusionssubjekts zu verschaffen, ließ das römische Recht einen Teil des Nachlasses oder des Eigenvermögens des Erben ihm verfangen sein, und verhütete so Benachteiligungen.

Diese Erscheinung kehrt auch im B.G.B. wieder.

1. Sobald der Schuldner die ihm obliegende Leistung an den Gläubiger bewirkt, welchem für diese Forderung eine Hypothek am Grundstück eines Dritten haftet, geht die Hypothek nach § 1164 Abs. 1 insoweit auf ihn über, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger desselben Ersatz verlangen kann. Gesetzt nun, die Forderung sei durch Vereinigung mit ihrer Verbindlichkeit in derselben Person erloschen: könnte dann der Eigentümer, unter Hinweis auf die durch Konfusion erfolgte Tilgung der Obligation, welche den Schuldner die ihm zu ersetzende Einbuße thatsächlich garnicht hat erleiden lassen, den Ersatzanspruch und den Übergang der Hypothek auf das Konfusionssubjekt erfolgreich bestreiten, so würde er sich unbillig bereichern. Würde ihm doch eine vor Eintritt der Vereinigung besorgte Zahlung den Einwand benommen haben. Deswegen schreibt § 1164 Abs. 2 vor:

> Der Befriedigung des Gläubigers steht es gleich, wenn sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen.[1/2])

Steht dem Gläubiger eine Gesamthypothek an Grundstücken Dritter zu und kann der Schuldner nach Leistung an den Gläubiger von sämtlichen Eigentümern insgesamt Ersatz verlangen, so geht die Gesamthypothek auch dann auf ihn über, falls sich Forderung und Schuld vereinigt haben. Dies ist aus § 1164 zu folgern.

Kann hingegen der Schuldner nur von dem Eigentümer eines der Grundstücke oder von einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen, so geht nach § 1174 Abs. 1 nur die Hypothek an diesem Grundstück auf ihn über, während sie an den übrigen erlischt. Auch hier steht die Tilgung der Obligation durch Vereinigung der durch Erfüllung in der Wirkung, wie § 1174 Abs. 1 ausdrücklich bestimmt, gleich.

---

¹) Im ersten Entwurf war diese, wie die folgenden Bestimmungen nicht enthalten.

²) Dieser Fall ist dem oben § 6 S. 44 besprochenen der l. 41 § 2 D. de evict. 21, 2 ähnlich.

Dasselbe gilt für die Bestimmung des § 1173 Abs. 2. Wenn nämlich der Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke an den Gläubiger leistet und wenn er von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen kann, so geht in Höhe dieses Ersatzanspruchs die Hypothek an dem Grundstück dieses Eigentümers auf ihn über.

2. Ist ein Testamentsvollstrecker vom Erblasser ernannt worden, so nimmt dieser nach dem Erbfalle den Nachlaß in seine Verwaltung. Hatte der Erbe eine Forderung gegen den Erblasser oder der Erblasser gegen ihn, so ist diese infolge des Erbfalls durch Konfusion erloschen. Aber ein der Höhe der getilgten Forderung entsprechender Betrag ist dafür aus dem Nachlasse dem Eigenvermögen des Erben oder aus diesem jenem verfangen. Deshalb liegt es dem Testamentsvollstrecker ob, den verfangenen Betrag aus dem Nachlasse abzusondern oder aus dem Eigenvermögen des Erben dem Nachlasse zuzuführen. Am Vollzuge dieser Schiebung haben einerseits außer dem Erben selbst dessen persönliche Gläubiger, denen nach § 2214 der Zugriff zu den Nachlaßgegenständen benommen ist, andererseits die Nachlaßgläubiger, Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmer Interesse.

E.

Die Frage, ob bei einer Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit die das Gläubigerrecht sichernden Verpflichtungen, welche in einer dritten Person beruhen oder aus anderem Grunde nicht an dem Zusammentreffen teil nehmen, die Kraft haben, die vernichtende Wirkung der Konfusion für das Hauptschuldverhältnis aufzuhalten, wurde für das gemeine Recht wegen der Unselbständigkeit und Accessorietät der Bürgschaft und des Pfandrechts verneint.

Was die Entscheidung nach dem B.G.B. anlangt, so wird sie für die Bürgschaft dieselbe sein. Denn dies Rechtsinstitut ist ebenso unselbständig und accessorisch geblieben, wie es im gemeinen Rechte war. Es geht das aus den Bestimmungen der §§ 767, 768, 770, 771 klar hervor und wird auch von der Denkschrift[1]) und den Motiven[2]) ausdrücklich ausgesprochen.

Hinsichtlich des Pfandrechts bewirkt die Umschaffung des Pfandrechts an Grundstücken in die „Hypothek“ eine Umwälzung der Kon-

---

[1]) II. Buch XIX 2 S. 137.

[2]) Band II S. 659.

fusionsgrundsätze, so daß die für diese maßgebenden besonders zu erörtern sind. Hier kommt vorläufig nur die Kategorie des Pfandrechts an beweglichen Sachen und an Rechten in Betracht.

Für dies Rechtsinstitut wird im B.G.B. dem römischen Grundsatz der Accessorietät des Pfandrechts volle Geltung eingeräumt. Denn nach § 1252 erlischt es mit der Forderung, für die es besteht.[1]) Wegen seiner unselbständigen und accessorischen Natur vermag daher dies Pfandrecht ebensowenig wie im gemeinen Rechte[2]) das Erlöschen des versicherten Schuldverhältnisses in folgenden zwei Fällen, in denen es an der Vereinigung von Forderung und Schuld nicht teilnimmt, zu verhindern und fällt also dem Untergange mit anheim. Diese sind:

a) Für die mit der Schuld zusammentreffende Forderung ist eine einem Dritten gehörige Sache oder Forderung verpfändet.

b) Eine bewegliche Sache oder ein Recht ist mehrfach mit Pfandrechten ungleichen Ranges belastet. In einem Subjekt treffen die Schuld, die Forderung samt dem erststelligen Pfandrecht und das Eigentum an der verpfändeten Sache oder die Gläubigerschaft an dem verpfändeten Rechte zusammen.

F.

Bei einer Mehrheit von Schuldnern muß das B.G.B., um dem Wesen der Korrealobligation und praktischen Anforderungen gerecht zu werden, dieselbe Wirkung der Vereinigung von Forderung und einer einzelnen Verbindlichkeit vorschreiben, die im gemeinen Rechte gilt.[3])

> § 425 lautet daher: Andere als die ..... bezeichneten Thatsachen wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnisse ein Anderes ergiebt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten.
>
> Dies gilt insbesondere .... von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld .....

Was die Wirkung der Konfusion bei einer Mehrheit von Gläubigern angeht, so vertreten der erste Entwurf und die Motive den Standpunkt der für das gemeine Recht herrschenden Meinung.

> § 333: die Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in der Person eines Gesamtgläubigers .... wirkt nicht gegen die übrigen Gesamtgläubiger .....

---

[1]) Vergl. § 1250 Abs. 2.

[2]) Siehe § 8 S. 54.

[3]) Siehe oben § 9 S. 56 f.

d. h. „die Vereinigung wirkt nicht wie die Erfüllung, weil für die übrigen Gesamtgläubiger eine Rechtsvereinigung nicht eingetreten ist.“[1])

Die späteren Entwürfe dagegen und das B.G.B. stimmen mit der oben für das gemeine Recht vorgetragenen Ansicht,[2]) daß hier die Konfusion der Vermutung nach wie eine Zahlung wirken muß, grundsätzlich überein; nur erheben sie aus praktischen Gründen die Vermutung zum Rechtssatze.

Denn der § 429, Abs. 2, lautet:

Vereinigen sich Forderung und Schuld in der Person eines Gesamtgläubigers, so erlöschen die Rechte der übrigen Gläubiger gegen den Schuldner.

Allerdings sind die Beweggründe, aus denen sich die beratende Kommission zur Aufstellung der der ersten Lesung gerade entgegengesetzten Regel verstanden hat, nicht diejenigen, die oben leitend waren. Wenn sie nämlich dahin durch die Erwägung gelangte, daß der Schuldner „an sich die Wahl hätte, gegenüber welchem der Gesamtgläubiger er die Leistung bewirken wollte,“ „daß ihm dies Wahlrecht durch die Vereinigung der Rechte eines Gläubigers und des Schuldners in seiner Hand nicht entzogen oder beschränkt werden dürfte,“ daß es ihm vielmehr freistehen müßte, auch den, in dessen Rechte er eingetreten wäre, als Destinatär der Leistung zu betrachten,[3])“ so hat sich die Kommission von der Fitting'schen Wahltheorie leiten lassen, an die Anklänge sich bereits in den Motiven[4]) finden.

Von Wichtigkeit ist, daß das B.G.B. in den §§ 426 und 430 die Regel aufstellt, daß die Gesamtschuldner sowohl wie die Gesamtgläubiger im Verhältnisse zu einander, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, zu gleichen Anteilen verpflichtet oder berechtigt sind. Damit ist in der weitaus größten Anzahl der Fälle, nämlich in allen, in denen das gesetzlich festgelegte Innenverhältnis der Verpflichtung oder Berechtigung zu gleichen Teilen nicht durch Privatwillkür abgeändert ist, die Konfusionswirkung in beiden Kategorien wirtschaftlich die nämliche. Der Gläubiger, der eine der Gesamtschulden in seiner Hand hat, muß

---

[1]) Motive Bd. II S. 166.

[2]) Oben § 9 S. 59.

[3]) Protokolle S. 891 f.; Reatz a. a. O. S. 197 Anm. 7; v. Jeklin a. a. O. Band 37 S. 886.

[4]) Band II S. 158.

sich für den Anteil, zu dem er als Schuldner ausgleichungspflichtig ist, für befriedigt ansehen, und darf nur den übrigen Teil mit der Klage aus der Forderung verlangen. — Der Gesamtgläubiger, auf den die Verbindlichkeit übergegangen ist, wird mit dem auf § 430 gegründeten Anspruch von jedem seiner früheren Mitgläubiger auf einen der Anteile belangt. Die Motive [1]) stellen den Vorgang mit Vangerow [2]) so dar, als ob der vom Konfusionssubjekt belangte Gesamtschuldner den ihm von jenem zu ersetzenden Anteil an der Gesamtschuld aufrechnungsweise abziehen könne. Diese Annahme ist bereits oben [3]) zurückgewiesen worden.

Schulden Mehrere eine unteilbare Leistung, etwa dadurch, daß sie Erben des ursprünglichen Schuldners geworden sind, so haften sie nach § 431 als Gesamtschuldner. Trifft hier das Gläubigerrecht mit einer der Verbindlichkeiten zusammen, so kann diese Thatsache die Wirkung der Erfüllung selbstverständlich nicht haben. Jedoch ist der Grund hier ein anderer als bei dem normalen teilbaren Gesamtschuldverhältnis. Denn wie oben ausgeführt worden ist, [4]) erlischt bei dieser die einzelne zur Vereinigung gelangte Verbindlichkeit für sich allein. Bei der unteilbaren Gesamtschuld aber kann eine teilweise Vernichtung, nämlich der zur Vereinigung gelangten Verbindlichkeit wegen der Unteilbarkeit nicht eintreten. Die an der Vereinigung nicht beteiligten Schuldner erhalten das ganze Schuldverhältnis, so daß auch in der Person des Gläubigers die eine Gesamtschuld fortbesteht.[5])

Haben Mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern, so kann nach § 432 Abs. 1, sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern. Trifft hier die Verbindlichkeit mit einem Gläubigerrecht zusammen, so kann das Schuldverhältnis weder ganz untergehen, weil mit der Verpflichtung nicht die volle Berechtigung sich vereinigt, noch kann es teilweise, nur für das vereinigte Gläubigerrecht erlöschen, weil die Leistung unteilbar ist. Deshalb setzt § 432 Abs. 2 fest:

..... eine Thatsache, die nur in der Person eines der Gläubiger eintritt, ... wirkt ..... nicht für und gegen die übrigen Gläubiger.

---

[1]) Band II S. 166.

[2]) Siehe § 9 S. 58.

[3]) Siehe § 9 S. 58.

[4]) Siehe § 9 S. 56.

[5]) Vergl. § 7 S. 46.

G.

Über die Frage, was die Vereinigung der Forderung und der Bürgschaft bewirke, äußert sich weder das B.G.B. noch seine Entwürfe und Motive. Da nun aber der Bürge nach B.G.B.[1]) ebenso wie nach römischem Rechte die Befriedigung des Gläubigers ohne Wissen des Schuldners und ohne dessen vorherige Ausklagung durch den Gläubiger vornehmen kann, nach § 774 obendrein auch, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung kraft des Gesetzes mit ihren Nebenrechten auf ihn übergeht, so sind die Voraussetzungen für die im gemeinen Rechte vorgenommene Ableitung[2]) des Satzes, daß es in der Hand des Gläubiger-Bürgen steht, ob er diese Konfusion wie Zahlung wirken lasse oder nicht, auch im B.G.B. vorhanden.

Somit steht der Übertragung dieses Satzes in das Recht des B.G.B. nichts im Wege.

H.

Eine Forderung, die in die Form einer auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibung eingekleidet ist, geht nicht dadurch unter, daß der Aussteller, der der Verpflichtete ist, das Inhaberpapier und damit das Gläubigerrecht erwirbt. Der Formalismus, der diese Kategorie von Schuldverhältnissen charakterisiert, indem das Papier ohne weiteres seinen Inhaber zum Träger des Gläubigerrechts macht und die Präsentation des Papiers Voraussetzung zur Geltendmachung des Rechts ist, haftet an Forderung sowohl wie an Verbindlichkeit und verhindert deren Aufzehrung. In der Hand des Ausstellers aber ist die Forderung ein Recht, dessen Inhalt von seinem Subjekt nicht zur Verwirklichung gebracht werden kann, weil der Inhaber von sich selbst nichts zu beanspruchen vermag. Daher ist es als ruhend zu bezeichnen,[3]) bis das Papier auf einen anderen Inhaber gelangt oder bis durch Vernichtung des Papiers das die Aufzehrung von Recht und Pflicht hemmende Element verschwindet, so daß das Schuldverhältnis durch Konfusion erlischt.[4])

---

[1]) § 771: ... „kann verweigern“ ....

[2]) Siehe oben § 10 S. 62.

[3]) Windscheid a. a. O. § 65 Bd. I S. 161 N. 5 und Stobbe a. a. O. III § 180 Nr. 6.

[4]) Vergl. Art. 10 der Allgem. Deutschen Wechsel-Ordnung: .... „Auch an den Aussteller ..... kann der Wechsel giltig indossiert und von demselben weiter indossiert werden.“

§ 15.

Die Konfusion im Grundstücksrecht.

Durch § 873 ist zur Entstehung einer Belastung eines Grundstücks mit dem Rechte eines Dritten, sowie in gewissen Fällen zur Übertragung und Belastung solchen Rechts die Eintragung dieser Thatsache in das Grundbuch erforderlich gemacht. Um den Zweck dieser Bucheinrichtung zu erfüllen, nämlich dem Liegenschaftsverkehre dadurch „eine zuverlässige Grundlage zu schaffen, daß die Erkennbarkeit des Rechtszustandes der Grundstücke gesichert wird", muß das Buch öffentlichen Glauben tragen d. h. jedem Dritten, der im Vertrauen auf die Wahrheit des Buchinhalts ein darauf sich beziehendes Rechtsgeschäft eingeht, muß „der Inhalt desselben als richtig und vollständig gewährleistet werden." [1])

An den an jeder einzelnen Immobilie hängenden Privatrechtsverhältnissen sind mithin nicht mehr blos wie im römischen Rechte die als Träger des Eigentumsrechts oder der auf der Sache lastenden fremden Rechte erscheinenden Personen, sondern auch die Gesamtheit aller Rechtssubjekte beteiligt, deren Interesse an den Liegenschaftsverhältnissen in dem auf die Richtigkeit des Buchinhalts gesetzten Vertrauen zum Ausdrucke kommt.

Das Prinzip des öffentlichen Glaubens müßte, wenn es sich nach der in § 892 festgesetzten Art auch bei den Konfusionserscheinungen bethätigen würde, bewirken, daß, falls sich Berechtigung und Belastung eines im Grundbuche eingetragenen dinglichen Rechtsverhältnisses in einer Person vereinigt hätte, jeder Dritte, der in Unkenntnis des wirklichen Untergangs des dinglichen Rechts etwa die Berechtigung abgetreten erhielte, diese auch thatsächlich erwürbe. Andererseits würde aber jeder, der in seinem Rechte durch die unterlassene Löschung des konfusionsweise vernichteten Rechtsverhältnisses beeinträchtigt wäre, die Herstellung der Übereinstimmung des Grundbuchbestandes mit der wirklichen Rechtslage nach § 894 zu erwirken vermögen. Allein diese Form der Bethätigung des im öffentlichen Glauben des Buchs sich verkörpernden Interesses der Gesamtheit würde zu praktisch und wirtschaftlich unbefriedigenden Ergebnissen führen.[2]) Das B.G.B. giebt vielmehr dem

---

[1]) B.G.B. § 891 u. § 892; Denkschrift Buch 3 II Vorbemerkung S. 116.

[2]) Vergl. Gutachten der preußischen Gesetzgebungskommission vom 10. Juli 1802 (Kamptz Jahrb. 50 S. 126ff.) und Anhangs § 52 zu A.L.R. I 16 § 484.

Bestande des Grundbuchs bei der Vereinigung die Kraft, materielles Recht zu schaffen. Denn § 889 bestimmt:

Ein Recht an einem fremden Grundstück erlischt nicht dadurch, daß der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt.

Erwirbt also der Eigentümer die in fremder Hand befindliche dingliche Berechtigung an seinem Grundstück oder erwirbt der Berechtigte das von seinem Recht belastete Grundstück, so vereinigen sich die Berechtigung und die Belastung nicht in ihrem beiderseitigen vollen Umfange. Denn solange noch das Recht im öffentlichen Buche als auf dem Grundstück lastend eingetragen steht, haftet an den beiden Faktoren des Rechtsverhältnisses das Interesse der Gesamtheit und verhindert ein gegenseitiges Aufzehren von Recht und Belastung. Das in die Hand des Eigentümers gelangte dingliche Recht besteht nicht bloß formell oder bloß relativ, sondern materiell und absolut fort. Der Eigentümer ist Dienstbarkeits- oder Reallast-Berechtigter, Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger an seiner eigenen Sache, die ihm als dem so Berechtigten durch den Eintrag im öffentlichen Buche entfremdet ist.

Wenn der an seinem Grundstück etwa nach § 1093 Wohnungsberechtigte oder der als Eigentümer des einen Grundstücks Dienstbarkeitsberechtigte das ihm gehörige belastete Grundstück nutzt, so übt er diese Befugnis jedoch kraft seines Eigentumsrechts aus. Sein begrenztes dingliches Recht *ruht* also.[1]) Voll aber bethätigt er es, wenn es ihm eine Befugnis verleiht, die ihm in seiner Eigentümerqualität nicht zugestanden hat.

Will der Eigentümer das Rechtsverhältnis vernichten, so hat er dessen Löschung vor dem Grundbuchamte zu bewilligen und zu beantragen.

Diesem hier ausgesprochenen Grundsatz, daß die Konfusion im Grundstücksrecht auf das Rechtsverhältnis selbst garkeine Wirkung ausübt, liegt die — übrigens keineswegs allgemein geteilte[2]) und auch von den Motiven[3]) als weniger dringend erforderlich bezeichnete — Anschauung zu Grunde, daß dies durch die einmal erfolgte Eintragung im Buche geschaffene Recht auch in der Hand des Eigentümers des-

---

[1]) Vergl. *Windscheid* a. a. O. § 65 N. 5 I S. 161; *Stobbe* a. a. O. II § 97, 1 S. 213; *Ihering*, Jahrb. f. D. X S. 456; *Strohal* bei *Grünhut* IV S. 486 ff.

[2]) Andr. Ans. z. B. *Bähr* a. a. O. § 39 S. 148.

[3]) Band III S. 204 a. E.

halb einen selbständigen Vermögenswert darstellt, weil der Eigentümer dasselbe ohne weiteres weiterzubegeben vermag und also die Kosten und Weitläufigkeiten einer neuen Eintragung, welche die Begründung eines dem in seine Hand gelangten inhaltsgleichen Rechts nötig machen würde, spart. Zudem pflegt bei der Bestellung eines dinglichen Rechts an einem bereits belasteten Grundstück für dies Recht heutzutage nur der wirtschaftliche Wert in Anschlag gebracht zu werden, der ihm auf Grund der bereits bestehenden Belastung des Grundstücks zukommt. Würde durch die zufällige Vereinigung der Faktoren eines der voreingetragenen Rechtsverhältnisse dies ohne weiteres erlöschen, so würde sich das nachstehende in einer Weise wirtschaftlich verbessern, die bei seiner Begründung durchaus nicht in Rechnung gezogen worden ist und die daher für den Eigentümer eine unbillige Schädigung bedeutet.

Wenn die Motive[1]) für die Aufstellung des jetzigen § 889 außer den für die Erhaltung der Hypothek des Eigentümers anzuführenden Gründen den angeben, daß durch diese Vorschrift die Erhaltung des Rechts im Falle seiner Belastung mit dem Rechte eines Dritten gewahrt werde, so ist dieser für das B.G.B. unverwendbar, da die Löschung eines solchen Rechts auf Antrag des Eigentümers durch den sofort zu erwähnenden § 876 bereits unmöglich gemacht wird, welcher übrigens auch im ersten Entwurfe, nur nicht in dieser generellen Form, enthalten war.[2])

Unterliegt das sich mit dem belasteten Eigentum vereinigende Recht dem Rechte eines Dritten, so darf der Grundeigentümer durch seine Erklärung vor dem Amte die Löschung des dinglichen Rechts nicht erwirken können. Denn da an der Berechtigung das Recht des Dritten haftet, vereinigt sich diese nicht vollkommen mit der ihr gegenüberstehenden Belastung in der Hand des Grundeigners. Wegen dieses Mangels vollkommener Berechtigung ist denn auch nach § 876 seine Erklärung allein zur Löschung unzureichend:

> Ist ein Recht an einem Grundstücke mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist zur Aufhebung des belasteten Rechts die Zustimmung des Dritten erforderlich......

[1]) Band III S. 203 ff.

[2]) Vergl. §§ 960 Abs. 2, 965 Abs. 2, 977 Abs. 2, 1015, 1048, 1061 Abs. 2 des 1. Entwurfs.

§ 16.

Fortsetzung. Die Konfusion im Immobiliarkreditrecht.

Die Hypothek ist nach § 1113 B.G.B. eine solche Belastung eines Grundstücks,

„daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen ist.“

Sie ist also ein die Befriedigung einer Forderung bezweckendes Recht. Dagegen ist die Grundschuld und ihre Abart, die Rentenschuld eine selbständige Belastung, welche die Zahlung einer bestimmten Geldsumme in Kapital oder in Terminsraten aus dem Grundstücke zum Inhalte hat.

Wenn, wie es zweckmäßig erscheint, das durch die Hypothek gesicherte Schuldverhältnis mit in den Kreis der Betrachtung gezogen wird, so sind bei den Konfusionserscheinungen der Hypothek folgende vier Faktoren zu unterscheiden: Forderung, Hypothekberechtigung, Schuldverbindlichkeit und hypothekbelastetes Eigentum.

Die Forderung und die Hypothekberechtigung müssen in derselben Person bestehen, da nach § 1153 die Forderung nicht ohne die Hypothek, die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann.

In der Mehrzahl der Fälle werden aber auch die beiden letzten Faktoren, die persönliche und die dingliche Verpflichtung in einem Subjekt vereint sein. Doch kann es sich ereignen, daß sie getrennt existieren, wenn der Eigentümer an seinem Grundstück für die Schuld eines Dritten die Hypothek bestellt oder wenn der Schuldner sein hypothekbelastetes Grundstück veräußert hat, ohne daß der Erwerber die Schuld des Veräußerers im Vertrage übernommen hätte.

Zu den Formen, in denen die Vereinigung von Hypothekenrecht und Eigentum vermittelt werden kann, nämlich:

a) Beerbung des Gläubigers durch den Eigentümer oder umgekehrt,

b) Abtretung der Forderung, der die Hypothek nach § 1153 folgen muß, an den Eigentümer,

c) rechtsgeschäftlicher Erwerb des Eigentums seitens des Gläubigers, tritt im B.G.B. eine neue vierte, die umfassendste Anwendung findet: der an gewisse Ereignisse geknüpfte, unmittelbar kraft Gesetzes erfolgende Übergang der Hypothek auf den Eigentümer. Die Fälle sind folgende:

1. „Erlischt die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek": § 1163 Abs. 1 Satz 2.

2. Ist die künftige Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so fällt die Hypothek nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 dem Eigentümer zu.

In beiden Fällen erwerben, wenn die Hypothek an mehreren Grundstücken als Gesamthypothek haftet, die Eigentümer der belasteten Grundstücke dieselbe nach § 1172 Abs. 1 als gemeinschaftliches Recht.

Diese Vorschriften erleiden aber wieder Ausnahmen, weil in gewissen Fällen die Hypothek kraft des Gesetzes auf einen aus der Erfüllung der Forderung ersprossenen inhaltsgleichen Ersatzanspruch ganz oder teilweise übertragen wird.

Erfüllt nämlich der Schuldner, der nicht Eigentümer zugleich ist, die Forderung, so geht die Hypothek nach § 1164 insoweit auf ihn, nicht auf den Eigentümer, über, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann. Stand dem befriedigten Gläubiger aber eine Gesamthypothek zu, so geht nach § 1174 Abs. 1, wenn der Schuldner nur von dem Eigentümer eines der Grundstücke oder von einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann, die Hypothek nur an diesem Grundstück auf ihn über, während sie an den übrigen erlischt. Der Befriedigung des Gläubigers steht die Vereinigung von Recht und Pflicht in der Wirkung gleich.[1])

3. Befriedigt der Eigentümer, der nicht der Schuldner ist, den Gläubiger, wozu er nach § 1142 berechtigt ist, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden oder der Schuldner zur Leistung berechtigt ist, so geht die Forderung, soweit er den Gläubiger befriedigt, nach § 1143 Abs. 1 auf ihn über, mithin nach § 1153 Abs. 1 auch die Hypothek.

4. Derselbe gesetzliche Übergang der Forderung und Hypothek tritt nach den §§ 426 Abs. 2, 774, 1150, 268 ein, wenn ein Gesamtschuldner, der von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen darf, wenn ein Bürge, sowie wenn jemand, der durch die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück Gefahr läuft, ein Recht an dem Grundstück zu verlieren, die Forderung erfüllt.

5. Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie nach § 1168 Abs. 1 der Eigentümer.

---

[1]) Hierher gehört auch § 1173 Abs. 2.

Der Verzicht kann nach § 1169 erzwungen werden, wenn eine die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausschließende Einrede dem Eigentümer zusteht. — Dem Verzicht des Gläubigers ist nach § 418 in der Wirkung gleichgestellt die Bewilligung einer Schuldübernahme, welcher der Eigentümer des verhafteten Grundstücks nicht zugestimmt hat.

6. Mit der Erlassung des Ausschlußurteils gegen den Gläubiger erwirbt der Eigentümer nach § 1170 Abs. 2 die Hypothek.

Eine Einschränkung erleiden die für den Verzicht und die Ausschließung des Gläubigers gegebenen Vorschriften bei der Gesamthypothek. Verzichtet nämlich der Gläubiger auf die Gesamthypothek als solche oder wird er mit seinem Rechte an ihr ausgeschlossen, so fällt sie den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu. Bezieht sich hingegen der Verzicht oder die Ausschließung nur auf die Hypothek an einem der Grundstücke, so erlischt die Hypothek an diesem Grundstück nach § 1175.

Folgende Konfusionserscheinungen können sich nun ereignen:

a) Sämtliche Faktoren: Forderung, Hypothek, Schuld und Eigentum kommen in einer Hand zusammen;

b) die vom Eigentum getrennte Verbindlichkeit fließt mit der Forderung und

c) das von der Verbindlichkeit getrennte Eigentum trifft mit der Hypothek zusammen.

Ihre Wirkungen sind im B.G.B. folgendermaßen festgestellt:

1. In den beiden ersten Fällen übt die Vereinigung von Forderung und Schuld auf das Schuldverhältnis schlechthin vernichtende Wirkung aus. Die Hypothek erhält sich aber im ersten Falle in der Hand des Eigentümers, geht im zweiten Falle kraft Gesetzes auf ihn über und verwandelt sich dann in beiden Fällen unmittelbar kraft des Gesetzes in eine Grundschuld. Der Eigentümer kann die Hypothek in eine solche umschreiben lassen, kann wohl auch zur Vornahme dieser Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 von den daran Interessierten gezwungen werden.

> § 1177: Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld.

2. Im dritten Falle, der auf das persönliche Schuldverhältnis einflußlos bleibt, erhält sich die Hypothek ebenfalls nach § 889, wie

oben[1]) dargethan wurde, die Rechte des Eigentümers aus der Hypothek bestimmen sich aber gemäß § 1177 Abs. 2, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften.

Diese Grundsätze erleiden jedoch eine Ausnahme und eine aus der Sachlage sich ergebende Einschränkung:

a) Die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen, sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, erlischt nach § 1178 Abs. 1, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt; selbstverständlich nur unter der Voraussetzung, daß nicht einem Dritten ein Recht an dem Anspruche auf eine solche Leistung zusteht.

b) Vereinigt sich das Eigentum eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke mit der Hypothek und Forderung, so erhält sich nur die Hypothek am Grundstück des Konfusionssubjekts, die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt nach § 1173 Abs. 1.

Schließlich bleibt hier noch einer ganz singulären Vorschrift Erwähnung zu thun. § 1163 Abs. 2 lautet:

> Eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, steht bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigentümer zu.

Diese Hypothek ist für eine künftige Forderung vom Eigentümer bestellt und lautet daher auf den Namen des dereinstigen Gläubigers. Nichtsdestoweniger soll sie den Eigentümer zum Berechtigten haben. Diese Vorschrift steht im Widerspruche mit dem Grundsatz des B.G.B., daß eine Hypothek für den Eigentümer nicht bestellt werden kann. Sodann darf die offenbare Unrichtigkeit des Grundbuchs, das den Dritten als Berechtigten benennt, während der Eigentümer es ist, nicht nach § 894 der wirklichen Rechtslage entsprechend geändert werden. Weiter besteht hier die Hypothek getrennt von der Forderung; denn wenn diese auch vorerst nur eine künftige ist, ist sie doch bereits insofern in Existenz getreten, als sie die Bestellung jener Hypothek ermöglichte. Endlich ist der § 1177 Abs. 1, wonach die Hypothek sich in eine Grundschuld verwandeln müßte, hier schlechterdings unanwendbar.

Verständlich wird diese abnorme Vorschrift allein, wenn der Zweck, den sie erstrebt, ins Auge gefaßt wird: Sie will den Eigentümer in

---

[1]) § 15 S. 89 ff.

die für ihn vorteilhafte Lage versetzen, daß er erst in dem Zeitpunkte die Hypothek als einen wirtschaftlichen Wert aus seinem Vermögen giebt, in welchem er den Gegenwert, in den meisten Fällen die Darlehnsvaluta, empfängt. Es soll also die die Verkehrsverhältnisse so ungemein vereinfachende Möglichkeit geschaffen werden, Leistung und Gegenleistung Zug um Zug auszuwechseln.[1]) Hieraus tritt denn auch das Wesen dieser Bestimmung klar zu Tage: Sie ist eine um der Sicherheit und Bequemlichkeit des Geschäftsverkehrs willen getroffene Fiktion. Einen Grundsatz oder ein Begriffsmerkmal der Hypothek aus ihr zu nehmen, würde durchaus unzulässig sein.

Von den über die Grundschuld im B.G.B. getroffenen Bestimmungen kommt hier in Betracht, daß nach § 1196 Abs. 1 eine Grundschuld auch vom Eigentümer für sich selbst bestellt werden kann. Der Eigentümer, der am eigenen Grundstück grundschuldsberechtigt ist, ist in seinem Rechte insofern beschränkt, als er nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben kann; auch gebühren ihm Zinsen nur dann, wenn das Grundstück auf Antrag eines Anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist: § 1197.

Ebenso wie nach § 1198 eine Hypothek in eine Grundschuld, so kann auch eine Grundschuld in eine Hypothek umgewandelt werden, ohne daß die Zustimmung der im Range Gleich- oder Nachstehend-Berechtigten dazu erforderlich ist.

Diese Regeln gelten gleichermaßen auch für die Rentenschuld, die nach § 1199 nur eine Unterart der Grundschuld ist.

Durch die allgemeine Erhaltung der Hypothek in der Hand des Eigentümers, ohne daß der Bestand der Forderung dazu Bedingung wäre, stellt das B.G.B. alle Ansprüche in vollstem Maße zufrieden, die die moderne Volkswirtschaftslehre und die Entwickelung des Verkehrs an die gesetzlich zu bietende Möglichkeit voller Ausnutzung des Realkredits am Grund und Boden geltend macht. Geht doch die herrschende Anschauung davon aus, daß wer ein bereits hypothekarisch belastetes Grundstück beleiht, bis zu seiner Befriedigung stets nur den Anspruch auf Sicherheit zu machen befugt ist, für den er bei dem Beleihungsgeschäfte die Äquivalente in Gestalt der getroffenen Nebenbestimmungen erhalten hat. Sie erblickt daher in dem Vorrücken der

[1]) Protokolle S. 4750.

nachstehenden Hypotheken bei Vereinigung der vorderen Hypothek mit dem Eigentum für die Hypothekengläubiger den Erwerb eines „unverdienten beim Geschäftsabschlusse nicht mit in Betracht gezogenen Vorteils",[1]) für den Eigentümer aber eine materiell ungerechtfertigte Schädigung.

I. Der dritte von den oben[2]) genannten Konfusionsfällen, daß die Hypothek auf den Eigentümer, der persönlich nicht haftet, übergegangen ist, macht bei seiner juristischen Erklärung, so kann man mit den Motiven[3]) wohl sagen, „verhältnismäßig wenig Schwierigkeiten". Die Forderung, zu deren Sicherheit die Hypothek begründet worden ist, besteht in zwei getrennten Subjekten, zwischen Schuldner und Eigentümer. Dies ist nach § 1143 Abs. 1 auch dann der Fall, wenn der Eigentümer den Gläubiger befriedigt hat. Denn wenn er die Leistung bewirkt, so thut er dies nicht in der Absicht, die gegen den Schuldner gerichtete Forderung aus der Welt zu schaffen, sondern in dem Bestreben, selbst Träger des Gläubigerrechts zu werden. Seine Leistung ist deshalb ebenso wie die des gegen Abtretung der Forderung zahlenden Bürgen und persönlich nicht schuldenden Pfandeigners des römischen Rechts,[4]) ebenso auch wie die des Bürgen und des dritten Verpfänders des B.G.B.[5]) als ein für den Erwerb des Forderungsrechts gezahlter Kaufpreis anzusehen.

Die Erhaltung der Hypothek in der Hand des Eigentümers ist für den Fall, daß noch dieser nachstehende Hypotheken auf dem Grundstück ruhen, bereits im römischen Rechte erklärt worden.[6]) Wenn das B.G.B. aber von dieser Voraussetzung absieht, so thut es dies auf Grund des dem ganzen Grundstücksrecht gemeinsamen Grundsatzes des § 889, zu dessen Rechtfertigung oben das Nötige gesagt worden ist.

Wie die §§ 1177 Abs. 2 und 1197 bestimmen, kann der Eigentümer, obwohl er Hypothekberechtigter selbst ist, nicht bloß ein formales Dispositionsrecht hat, doch weder selbst die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück betreiben, noch kann er im allgemeinen Zinsen beanspruchen, es sei denn, daß sein Grundstück auf fremden Antrag in Zwangs-

---

[1]) Protokolle S. 4478.

[2]) S. 93.

[3]) Band I S. 727.

[4]) l. 36 D. de fid. et mand 46, 1 und l. 19 D. qui pot. 20, 4.

[5]) § 774 und § 1225.

[6]) Siehe oben § 4 S. 31.

verwaltung genommen ist. Sein Recht ist also als *ruhend* zu bezeichnen.[1]) Es geht unter, wenn der Eigentümer die Löschung bewilligt und beantragt, es kann seine Vollkraft wieder bethätigen, sobald die Forderung samt Hypothek oder das Grundstückseigentum in andere Hand übergeht.

Die Mehrheit der zweiten Beratungskommission war nun der Ansicht, daß sich die rechtliche Natur der Hypothek durch den Übergang auf den persönlich nicht verbindlichen Eigentümer veränderte.[2]) Denn weil der Eigentümer bei der Zwangsvollstreckung seines eigenen Grundstücks nichts erhalten würde, was außerhalb seines Vermögens wäre, sicherte die Hypothek nicht mehr die Forderung, für welche sie bestellt wäre, sondern schränkte lediglich die nachstehenden Rechte zu Gunsten des Eigentümers ein. Deshalb verwandelte sich hier die Hypothek in eine Grundschuld.

Allein dadurch, daß dieselbe Mehrheit es nicht für angängig erachtete,[3]) die Umschreibung dieser Hypothek in eine Grundschuld zuzulassen und deshalb die Regel des § 1177 Abs. 2 aufstellte, ist ihre Auffassung für das B.G.B. selbst nach dessen Fassung eigentlich nicht anwendbar.

Denn aus dem Umstande, daß bei einer Abtretung der Forderung seitens des Eigentümers an einen Dritten die Hypothek ohne weitere, auf Zurückverwandlung der zur Grundschuld gewordenen Hypothek gerichtete Abrede mit auf den neuen Gläubiger übergeht und ebenso bei einer Veräußerung des Grundstücks die Hypothek mit der Forderung dem Veräußerer verbleibt, geht hervor, daß das hypothekarische Recht keineswegs seine Natur verändert hat und zu einem selbständigen Rechte geworden ist. Wie im römischen Rechte unter dem Einflusse besonderer Umstände das Pfandrecht an eigener Sache bestehen bleibt, so ist die Existenz der Hypothek auch in der Hand des Eigentümers vorstellbar. Aber wie dort, so kann auch hier das hypothekarische Recht, das voll vorhanden ist, sich nicht voll bethätigen und muß deshalb als *ruhend* angesehen werden. Den Umfang und die Art, in denen es der Ausübung noch fähig ist, nämlich in der Abwehr der nach vorn drängenden späteren Hypotheken und Grundschulden, hat es, das ist in Übereinstimmung mit der Kommission[4]) zu sagen,

---

[1]) *Achilles* a. a. O. zu den §§ 27, 28 G.B.O. S. 207.

[2]) Protokolle S. 4739 f. und *Reatz* a. a. O. S. 568 f. Anm. 23.

[3]) Protokolle S. 4740.

[4]) Protokolle S. 4740.

mit der Grundschuld des Eigentümers gemein. Zu einer Grundschuld selbst ist es deshalb aber noch nicht geworden.

In der Vorschrift des § 1177 Abs. 2 liegt daher lediglich ein Verweis auf den § 1197, der gewisse dem Hypotheken- und Grundschuldsgläubiger gemeinsame Rechte dem am eigenen Grundstück Grundschuldsberechtigten nimmt. Dadurch soll eine doppelte Aufzählung vermieden werden.

II. Mit der Verordnung, daß die Hypothek beim Untergange des von ihr gesicherten Schuldverhältnisses unmittelbar vom Eigentümer erworben wird und sich in seiner Hand in eine Grundschuld verwandelt, stellt das B.G.B. der theoretischen Wissenschaft, der die juristische Erklärung dieses Vorganges obliegt, eine neue und schwierige Aufgabe. Denn wenn auch in praktischer Beziehung die Abweichung von den wichtigsten geltenden Partikularrechten nicht so bedeutend sein mag, so können doch die für deren Bestimmungen gefundenen Erklärungen für das B.G.B. wegen dessen eigenartiger Regelung nicht verwandt werden.

Wenn man von den Konfusionserscheinungen zunächst einmal absieht, trägt die Hypothek des B.G.B, die dem römischen Pfandrecht eigenen Merkmale der Accessorietät und Unselbständigkeit an sich. Aus der in § 1113 aufgestellten Definition ergiebt sich ebenso wie aus den Grundsätzen der §§ 1153, 1154, 1148 und aus dem nach § 1192 auf die Hypothek zu ziehenden Schlusse, daß das Dasein einer Forderung nicht bloß Begründungsbedingung, sondern begriffliches Merkmal der Hypothek ist. Zwar ging die Ansicht der Kommission für die zweite Lesung dahin,[1]) nicht, wie im ersten Entwurfe, „den Bestand der dinglichen Belastung von der Existenz der Forderung abhängig zu machen,“ sondern dahin „der Forderung nur die Bedeutung beizulegen, daß sie als Legitimation für den Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück diente.“ Allein abgesehen davon, daß diese Auffassung sich keineswegs aus dem Wortlaute der Gesetzbuchsregeln ergiebt, folgt aus ihr nur auch, daß die forderungslose Hypothek, weil die zur Geltendmachung ihres Anspruchs auf Befriedigung notwendige Legitimation nicht vorhanden ist, ein kraftloses und daher daseinsunfähiges Recht ist.

Allerdings finden sich gewisse Vorschriften, die mit dieser accessorischen Natur nicht im Einklange stehen. So soll nach § 1163 Abs. 2 die Briefhypothek bis zur Übergabe des Briefes dem Eigentümer zu-

---

[1]) Protokolle S. 4361, Reatz a. a. O. S. 541 Anm. 2.

stehen; es soll sich nach § 1138 der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch auf die Forderung erstrecken; nach § 1141 soll bei Abhängen der Forderungsfälligkeit von einer Kündigung nur die zwischen Gläubiger und Eigentümer erfolgte Kündigung wirksam sein; endlich sollen nach § 1156 verschiedene Einreden, die nach den Grundsätzen der Cession einer abgetretenen Forderung gegenüber geltend gemacht werden können, in Ansehung der Hypothek dem neuen Gläubiger gegenüber nicht zulässig sein. — Allein dies alles sind, wie beim ersten Falle[1]) bereits ausgeführt wurde, Bestimmungen, die darauf abzielen, die Hypothek in einer modernen Anforderungen entsprechenden Weise „verkehrsfähig" zu gestalten. Sie ermangeln allgemeiner Bedeutung und können daher bei der Begriffsbestimmung der Hypothek keine Verwendung finden.

Es möchte naheliegen, auf Grund dieser Begriffsmerkmale der Accessorietät und Unselbständigkeit der Hypothek die Konfusionserscheinungen des B.G.B. so zu erklären, daß man sagt: In dem Augenblicke, in dem das Schuldverhältnis durch Konfusion oder eine andere Tilgungsart zu Grunde geht, wird die Hypothek als accessorisches Nebenrecht daseinsunfähig und erlischt mit dem von ihr gesicherten Schuldverhältnisse. In dem Augenblicke ihres Unterganges aber entsteht an ihrer Stelle dem Eigentümer unmittelbar kraft Gesetzes eine Grundschuld. Allein von dem Versuche, den Vorgang so zu erklären, muß man abstehen. Nicht etwa weil nach dem Wortlaute der §§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1 die Hypothek noch auf den Eigentümer übergeht, ein, wenn auch nur momentanes Bestehen der Hypothek nach dem Erlöschen der Forderung also vorausgesetzt wird — dies hätte man als einen vom Gesetze vorgenommenen und die Theorie nicht bindenden Konstruktionsversuch anzusehen —, vielmehr weil der Untergang der Hypothek und das sich unmittelbar daran anschließende Entstehen der Grundschuld zeitlich nacheinander fallen. Wenn daher im Augenblicke des Hypothekerlöschens die Nachhypothekare nicht vorrücken, sondern durch die neu entstehende Grundschuld zurückgehalten werden, so würde für diese Konstruktion doch die vom B.G.B. fernzuhaltende „Lehre von den festen Stellen", die auf der Annahme der Verpfändung des Wertes fußt, zu Hülfe genommen sein.

Den Regeln des Gesetzbuchs von der accessorischen Natur der Hypothek wie von ihrer Umwandlung in eine Grundschuld in der Hand des Eigentümers beim Forderungsuntergange ist nur gerecht zu

[1]) S. 94f.

werden, wenn die Verwandtschaft der Hypothek und Grundschuld zum Ausgangspunkte der Betrachtung gemacht wird.

Hypothek und Grundschuld sind Belastungen eines Grundstücks des Inhalts, daß der Eigentümer bei Nichtbezahlung einer bestimmten Summe die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstücks behufs Aufbringung jener Summe dulden muß. Diese Belastung kann nun im Wege einer bei ihrer Bestellung oder auf nachträgliche Vereinbarung[1]) hin veranlaßten, hierauf lautenden Grundbucheintragung zu einem persönlichen Schuldverhältnis dergestalt in Beziehung gesetzt worden sein, daß die Grundstücksbelastung die versprochene Leistung des Schuldverhältnisses sichert, indem bei einer vom Schuldner unterlassenen Befriedigung des Gläubigers der Inhalt der Belastung vom Gläubiger zur Verwirklichung gegen den Eigentümer gebracht werden kann.

In solcher Form heißt die Belastung Hypothek und untersteht dann den Vorschriften der §§ 1113 bis 1190. Ist die Belastung nach dem Grundbuchbestande in keinerlei Beziehung zu einer Obligation getreten, so heißt sie Grundschuld, tritt als selbständiges Recht auf und richtet sich nach den §§ 1191 bis 1203.

Bei der Hypothek ist nun der durch die Grundbucheintragung festgelegte Zusammenhang zwischen Forderung und Grundstücksbelastung ein so inniger, daß die der Grundstücksbelastung entsprechend Berechtigung dem Forderungsrecht untrennbar beigeordnet ist und unweigerlich alle Subjektsveränderungen dieses mitmachen muß. Diese Innigkeit der Beziehungen verleiht dann der Grundstücksbelastung gewisse Charakterzüge des Pfandrechts, denn sie giebt der Grundstücksbelastung in deren Eigenschaft als ein mit einer Forderung zusammenhängendes Rechtsverhältnis eine in dieser Qualifikation accessorische und unselbständige Natur.

Geht die Forderung, zu der die Hypothek in einem sichernden Verhältnisse steht, auf irgend welche Art zu Grunde, so entfällt die Existenzmöglichkeit für die wechselseitigen Beziehungen zwischen Schuldverhältnis und Grundstücksbelastung. Es geht damit also das im Grundbuch eingetragene Recht seiner Eigenschaft als Hypothek verlustig, wenn auch die Beziehungen zu einem Schuldverhältnisse noch im Buche eingetragen stehen: die Hypothek als solche, als ein die Erfüllung einer Forderung sicherndes Recht geht unter. Die Grundstücksbelastung bleibt selbständig übrig.

---

[1]) Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek nach § 1198.

In dem Augenblicke, wo die Grundstücksbelastung ihre Eigenschaft als Hypothek aufgeben muß, hat aber der bisher Berechtigte keinen materiell begründeten Anspruch mehr auf jenes dingliche Recht. Denn durch das Erlöschen der Forderung ist er entweder befriedigt oder muß sich für befriedigt ansehen. Doppeltes hat er aber durch das Grundstücksrecht nicht erhalten sollen. Deshalb geht kraft gesetzlicher Vorschrift unmittelbar mit dem Forderungsuntergange das nunmehr zur Grundschuld gewordene Grundstücksrecht von ihm auf den Eigentümer über.

Nun besagt der Wortlaut des Gesetzbuchs allerdings, daß die Hypothek zur Grundschuld nicht bereits im Augenblicke des Forderungsunterganges, sondern erst nach dem Übergange auf den Grundstückseigentümer zur Grundschuld wird. Nach dem Dafürhalten der Kommission für die zweite Lesung war „der Inhalt der „„Eigentümerhypothek““ abweichend von dem Inhalte der gewöhnlichen Hypothek geartet. Die „„Eigentümerhypothek““, so meint sie,[1]) sei vielmehr ihrem Wesen nach ein der Grundschuld durchaus gleichstehendes Rechtsverhältnis und müsse daher auch als solche bezeichnet werden.“ Es kann jedoch meines Erachtens der für den Eintritt dieser Veränderung im Inhalte des eingetragenen Grundstücksrechts aufzufindende Zeitpunkt nur das Erlöschen des gesicherten Schuldverhältnisses, nicht aber der Erwerb des Rechts durch den Eigentümer sein. Daraus folgt denn, daß das Recht schon als Grundschuld vom Eigentümer erworben wird, daß also von einer „Eigentümerhypothek“ im Rechte des B.G.B. füglich überhaupt nicht gesprochen werden kann.[2])

Die Ausdrucksweise des Gesetzbuchs, derzufolge die forderungslose „Hypothek“ erst den Übergang auf den Eigentümer ausführt und dann zur Grundschuld wird, kann praktisch keine Folgen haben. Deshalb muß dies als ein zur Anerkennung nicht nötigender wissenschaftlicher Konstruktionsvorschlag des Gesetzes gelten.

Er ist zurückzuführen auf die von dem Vorgetragenen abweichende Auffassung der gesetzgebenden Kommissionen, welche in den Motiven des ersten Entwurfs, in den Sitzungsprotokollen der zweiten Lesung und in der dem Reichstag überreichten Denkschrift niedergelegt ist. Jedoch ist dieser Auffassung nicht beizutreten, da sie m. E. einen inneren Widerspruch enthält.

---

[1]) Protokolle S. 4738; Reatz a. a. O. S. 568 Anm. 23.

[2]) Wohl aber von einer Hypothek des Eigentümers, wenn noch ein Dritter persönlich verpflichtet ist. S. oben S. 96.

Nach der Gestaltung der Hypothek im ersten Entwurfe sowohl wie im B.G.B. selbst, wenngleich letztere in wichtigen Punkten von ersterer abweicht, ist das Vorhandensein einer Forderung für die Hypothek nicht bloß „Bedingung, sondern Begriffselement.“[1] Trotzdem findet der erste Entwurf „nichts Anstößiges darin, eine Hypothek ohne Forderung dann anzuerkennen und ihre accessorische Natur zu verneinen“,[2] wenn der Eigentümer, der auch der Schuldner war, an den Gläubiger geleistet hat.

In Wirklichkeit lagen aber dann nach dem ersten Entwurfe die Verhältnisse so, daß eine Dreiheit von Immobiliarkreditrechten bestand, zwischen der accessorischen Hypothek und der selbständigen Grundschuld nämlich noch ein von einer Forderung losgelöstes, im Grundbuch aber noch als accessorische Hypothek bezeichnetes Recht mit Namen: „Eigentümerhypothek,“ wie es in den §§ 1094, 1097 des ersten Entwurfs ausdrücklich bezeichnet wird. Kraft dieses Rechts sollte nach § 1098 der Berechtigte verlangen können, daß für ihn eine dem Betrage der eingetragenen Forderung gleichkommende Geldsumme aus dem belasteten Grundstück und den mitverhafteten Gegenständen im Wege der Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung beigetrieben werde.

Obgleich nun aber nach dem zweiten Entwurfe und dem B.G.B. die Hypothek bei jedweder Tilgung der Forderung[3] zu einer Grundschuld des Eigentümers werden soll, hält doch auch die zweite Kommission und die Denkschrift an dieser Dreiteilung fest. Die letztere spricht von der Hypothek, der Grundschuld und der „Eigentümerhypothek im engeren Sinne“,[4] zu welcher die gewöhnliche Hypothek in allen den Fällen werde, wo die durch sie gesicherte Forderung erlösche. Sie erklärt dies mit der „Abschwächung, die die römischrechtliche Auffassung der Hypothek als eines unbedingt von der zu sichernden Forderung abhängigen Rechts erfahren habe.“ Die Kommission[5] meint, daß „in einer Reihe von Fällen die Hypothek des modernen Rechts ihren accessorischen Charakter abgestreift habe.“ Und doch giebt die Denkschrift den Widerspruch zu, in dem diese Erklärung der Konfusionserscheinungen mit den grundlegenden Begriffsbestimmungen der Hypothek

---

[1]) Motive Bd. III S. 723 d.

[2]) Motive Bd. III S. 729 γ.

[3]) Sofern nicht eine gesetzliche Übertragung auf einen Ersatzanspruch erfolgt.

[4]) III. Buch IX Ia. S. 145 ff. insbes. S. 148 (oben).

[5]) Protokolle S. 4477.

steht; sagt sie doch, „die Vorschrift von der Erhaltung der Hypothek in der Hand des Eigentümers entspreche dem Wesen der Hypothek nicht."

Allein die Auffassung der Kommission schließt sich zu getreu an die für eine nicht gleiche Gestaltung dieses Instituts gegebene Erklärung der Motive an und verkennt die Bedeutung der vom ersten Entwurfe noch ausdrücklich [1]) abgelehnten Vorschrift, daß die von der Forderung losgelöste Hypothek zu einer Grundschuld des Eigentümers wird. Äußerlich, in praktischer und wirtschaftlicher Beziehung mag sie ja wohl von geringer Wichtigkeit sein, für die juristische Theorie dagegen ist die Tragweite ihrer Anordnung eine gewaltige.

Die in die Hand des Eigentümers gelangte Grundschuld erhält sich nach der dem gesamten Grundstücksrecht gemeinsamen Regel des § 889.

Dazu tritt hier aber der neue Grundsatz, daß nach § 1196 Abs. 1 die Grundschuld auch für die Person des Eigentümers entstehen kann. Ihre Entstehung wird durch die Eintragung in das Grundbuch bewirkt. Diese setzt voraus, daß der Eigentümer seinen auf Begründung eines ihm zustehenden Grundschuldrechts am eigenen Grundstück gerichteten Willen vor dem Grundbuchamte verlautbart hat.

Hier bethätigt dann das im öffentlichen Glauben des Grundbuchs verkörperte Interesse der Gesamtheit eine noch viel größere Kraft als bei den übrigen Rechten an Grundstücken. Bei der Grundschuld ist es imstande nach Schaffung des entsprechenden Grundbuchinhalts das Recht auch für die Person des die Belastung Duldenden ins Dasein treten zu lassen, während es bei den übrigen Rechten, deren Faktoren einmal in getrennten Subjekten entstanden waren, nur das gegenseitige Aufzehren der zufällig nachträglich zur Vereinigung in derselben Person gelangten Faktoren zu verhüten vermochte.

Daß das Gesetzbuch, diese Macht dem Grundbuchbestande für die sich als selbständig kennzeichnende Summenbelastung beizulegen in gesetzgebungspolitischer Hinsicht berechtigt ist, erklärt sich aus der Herkunft und dem Entwickelungsgange der Grundschuld.

Vom B.G.B. unmittelbar dem preußischen und mecklenburgischen Rechte entlehnt, hat die Grundschuld ihre Wurzeln in deutschem Boden. Ihren Begriff und Inhalt haben jene Partikularrechte aus einzelnen

---

[1]) Motive Bd. III S. 729 γ.

Sätzen des mittelalterlichen Städterechts und aus den wissenschaftlichen Ergebnissen der neueren Volkswirtschaftslehre geschaffen.

Ein näheres Eingehen hierauf würde über den Rahmen der Abhandlung, die vom römischen Rechte ausgehend die Grundsätze des römischen Rechts im Gesetzgebungswerke des Deutschen Reichs zu verfolgen sich zum Ziel gesteckt hat, hinausgehen. — Nur soviel muß hier anerkannt werden, daß bei der Entstehung der Grundschuld für die Person des Eigentümers von einer Konfusion kaum noch zu sprechen möglich ist. Setzt der Begriff der Konfusion doch voraus, daß zwei bisher in verschiedenen Subjekten bestehende Faktoren durch eingetretene Rechtsveränderung in einem Subjekt sich vereinigen. Hier aber entsteht das Rechtsverhältnis in einer Person allein.

---

§ 17.

Die Konfusion unter dem Einflusse erbrechtlicher Vorschriften.

A.

Vermächtnis und Nacherbfolge. Der Anspruch aus dem Vermächtnisse des B.G.B. entbehrt, was aus § 2174 hervorgeht, jeglicher dinglichen Wirksamkeit an dem zugedachten Gegenstande, wie sie dem römischen Vindikationslegat verliehen war. Der Bedachte hat vielmehr nur einen persönlichen Anspruch auf Ausantwortung gegen den Beschwerten.

An die Stelle des römischen Universalfideikommisses ist im B.G.B. das Institut der Nacherbfolge getreten. Mit dem Eintritte eines im Testament gesetzten Ereignisses hört nach § 2139 der Vorerbe auf, Erbe zu sein und fällt die Erbschaft dem Nacherben zu. Für die Vermächtnisse ist im B.G.B. sonach, was die Erklärung der Konfusionserscheinungen anlangt, dieselbe Rechtslage geschaffen, wie sie im gemeinen Rechte für die Universalfideikommisse bestand. Auch im Rechte der Nacherbfolge steht der Übertragung des im gemeinen Rechte für die Konfusionserscheinungen gefundenen Grundsatzes auf das Geltungsgebiet des B.G.B. nichts entgegen. Dann würde, sobald ein Recht des Erblassers, das den Erben zum Subjekte des gegenüberstehenden Verpflichtungsfaktors hat, einem Dritten vermacht oder mit dem Nachlasse später einem Nacherben zugedacht ist, zu sagen sein, daß, wie der Universalfideikommissar des römischen Rechts trotz seines nur persönlichen Anspruchs doch kraft seiner sicheren Anwartschaft auf die ihm

zugedachte Berechtigung oder Forderung den Eintritt der regelmäßigen Konfusionswirkung abwehrt, so auch der Vermächtnisnehmer des B.G.B. kraft seines gewissen Erfüllungsanspruchs und der Nacherbe des B.G.B. kraft seines festen, vererblichen Rechts auf die Nacherbfolge die zerstörende Wirkung der Vereinigung aufzuhalten imstande wären. Bis zur Ausantwortung des vermachten Rechts oder bis zum Übergange der Erbschaft auf den Nacherben ruhten nur diese Rechtsverhältnisse.

Nun enthält jedoch das Gesetzbuch ausdrückliche Vorschriften. Sie lauten:

§ 2175. Hat der Erblasser eine ihm gegen den Erben zustehende Forderung oder hat er ein Recht vermacht, mit dem eine Sache oder ein Recht des Erben belastet ist, so gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse in Ansehung des Vermächtnisses als nicht erloschen.

§ 2143. Tritt die Nacherbfolge ein, so gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen.

Das aprioristisch gewonnene Resultat ist durch diese Bestimmungen auch erreicht; jedoch im Wege der Fiktion. Das Gesetz geht also von der Voraussetzung aus, daß thatsächlich die zur Vereinigung gelangten Rechtsverhältnisse erloschen sind, daß aber Billigkeitsrücksichten ein Nichterlöschen notwendig machen und gelangt hierzu durch Unterstellung des ihm nicht wirklich scheinenden Bestandes als wirklich. Wie die Motive[1]) sagen, soll durch diese Regel „die Wiederherstellung der Rechte kraft des Gesetzes mit dinglicher Wirkung" erfolgen. Damit ist die oben[2]) abgelehnte Ansicht der für das Universalfideikommiß im gemeinen Rechte herrschenden Meinung ausgesprochen. Den von dem ersten Entwurfe — § 1833 — noch geführten Zusatz:

Erforderlichenfalls ist ein solches Recht wiederherzustellen,

welchen die Motive[3]) für unentbehrlich hielten, weil „unter Umständen die besondere (!) Wiederherstellung des aufgehobenen Rechts notwendig werden könnte", hat die zweite Kommission mit der Begründung

---

[1]) Band V S. 123.

[2]) § 3 S. 21.

[3]) Band V S. 123.

gestrichen, daß „für ihn kein Bedürfnis vorliege, da ein Fall, auf den die Vorschrift Anwendung finden würde, nicht vorkommen werde".[1])

Doch auch gegenüber der fiktiven Form des Gesetzes kann die Erklärung, welche für das Bestehen der Rechtsverhältnisse, die in der Hand des Erben oder Vorerben zur zeitweiligen Vereinigung gekommen sind, im gemeinen Rechte gegeben wurde, nicht unbrauchbar erscheinen.

Denn es wird mit Fischer[2]) behauptet werden müssen, daß es „die Aufgabe des Gesetzes einzig und allein ist, Normen aufzustellen, nicht aber auch die Theorie derselben zu regeln". „Wie die Wissenschaft überhaupt an Konstruktionen, die sich in Gesetzen finden, nur insoweit gebunden ist, als darunter etwa eine Rechtsnorm verborgen ist", so kann sie auch hier nur zur Anerkennung der Thatsache verpflichtet sein, daß die Konfusion hier keine tilgende Wirkung ausübt. Dies juristisch zu konstruieren als Fiktion oder als eine aus allgemeinen anderwärts gefundenen Grundsätzen sich ergebende Folgerung muß ihr überlassen bleiben. Einem Fingerzeige der Gesetzgebung braucht sie nicht zu folgen.

Übrigens deutet die Ansicht der zweiten Kommission,[3]) welche bei der Beratung über die Streichung des § 291 des ersten Entwurfs geäußert wurde, und der zufolge der § 1833 — der § 2143 des B.G.B. — eine der Ausnahmen des Satzes ist, daß das Schuldverhältnis beim Zusammentreffen von Forderung und Schuld erlischt, darauf, daß sie von dem Untergange des Schuldverhältnisses und dessen Wiederentstehen beim Eintritte der Nacherbfolge eigentlich ebenfalls nicht überzeugt gewesen ist. Ferner führen bereits die Motive[4]) den § 1866 — § 2175 des B.G.B. — als ein Beispiel dafür an, daß „in bestimmten Verhältnissen der Vereinigung von Forderung und Schuld aus besonderen Gründen die gewöhnliche Wirkung .... versagt wird".

Es unterscheidet sich nun jedoch der § 2143 von dem § 2175 dadurch wesentlich, daß dieser die zur Vereinigung gelangten Rechtsverhältnisse „nur in Ansehung des Vermächtnisses" als nicht erloschen gelten läßt, jener aber einen entsprechenden einschränkenden Zusatz nicht enthält. Es folgt hieraus, daß, während bei der Nacherbfolge die Rechtsverhältnisse, deren Faktoren in der Hand des

---

[1]) Protokolle S. 6829.

[2]) a. a. O. § 7 S. 27 f.

[3]) v. Jeklin a. a. O. Jahrg. 37 S. 113, kürzer die Protokolle S. 757.

[4]) Band II S. 117.

Vorerben zusammengetroffen sind, absolut fortbestehen, sie beim Vermächtnisse nur relativ nicht erlöschen. Die vermachten Rechtsverhältnisse bestehen also nur insoweit fort, als das Interesse des Vermächtnisnehmers dies erfordert. Die für die vermachte Forderung etwa accessorisch verpflichteten Dritten bleiben mithin verbindlich. Für Unbeteiligte aber ist das Rechtsverhältnis durch Konfusion erloschen, so daß es, solange es in der Hand des Erben noch ist, an einen Dritten von ihm nicht abgetreten werden kann.

Der gesetzgeberische Beweggrund für diese Anordnung nur relativen Nichterlöschens beim Vermächtnisse ist nach den Motiven[1]) der Umstand gewesen, daß dadurch „die Forderung — nunmehr auch das dingliche Recht[2]) — der Pfändung seitens der Gläubiger des Erben entzogen wird.“ Bei sonstiger Vermögenslosigkeit des Erben hat die Pfändung der vermachten Forderung für die Gläubiger des Erben nur Wert, falls diese im Gegensatze zu deren eigenen ungesicherten Forderungen durch Bürgschaft oder Pfand bedeckt ist. Für diesen Fall ist wohl die Bestimmung relativen Nichterlöschens ein Abhilfemittel gegen eine Härte, die sich aus der Nichtanerkennung der dinglichen Wirkung des Vermächtnisses ergiebt, und ein Zugeständnis an die Verfechter letzterer Vermächtnisform. Denn da bei einer vom Erblasser vermachten Forderung, die gegen einen Dritten geht, die Gläubiger des Erben deren Pfändung vornehmen können, ohne daß dem Vermächtnisnehmer ein Widerspruchsrecht gegen diese Zwangsvollstreckung wegen der persönlichen Schulden des Erben zustünde, lag eigentlich ein Zwang zu dieser Anordnung nicht vor.

Die nunmehr vorliegende Thatsache des absoluten Fortbestandes bei der Nacherbfolge, des nur relativen beim Vermächtnis läßt sich erklären aus der geringeren Kraftfülle des Vermächtnisanspruchs gegenüber dem festen Rechte des Nacherben, das durch die einschneidendsten Beschränkungen der Verfügungsgewalt des Vorerben über den Nachlaß geschützt ist.

Durch die Regeln der §§ 2143 und 2175 sind nun bloß diejenigen dinglichen Rechtsverhältnisse, welche durch Vereinigung erlöschen können, also nur der Nießbrauch und das Pfandrecht an beweglichen Sachen betroffen, jener bei seiner Unübertragbarkeit nur in dem einen Falle, wo das Nießbrauchsrecht dem Vorerben zusteht, die belastete

[1]) Band V S. 117.

[2]) Der entsprechende § 1866 des ersten Entwurfs schrieb nämlich nur die Fortdauer der Obligation vor.

Sache des Erblassers aber später in dem Nachlasse dem Nacherben herauszugeben ist.

Unberührt von ihnen bleiben daher die dinglichen Rechte an Grundstücken. Verfügt der Vorerbe, dem an einem ererbten Grundstücke ein Recht zusteht oder der der Eigentümer eines mit einem ererbten Rechte belasteten Grundstücks war, über dies Recht, indem er dessen Löschung bewilligt und beantragt, so ist im Falle des Eintritts der Nacherbfolge das Erlöschen wegen Unwirksamkeit der Verfügung des Vorerben nach § 2113 trotz der Löschung nicht herbeigeführt worden. Die erfolgte Löschung hat aber, wie in verallgemeinernder Auslegung des § 2113 Abs. 3 gesagt werden muß,[1]) immerhin die Wirkung, daß gutgläubige Dritte, die im Vertrauen auf das Nichtbestehen des gelöschten Rechts Rechte erworben haben, in diesem Vertrauen vor Nachteil geschützt werden. Hat z. B. ein Dritter nur deshalb das Grundstück des Erben beliehen, weil er annahm, daß die darauf früher eingetragene, jetzt gelöschte Hypothek, die aber zu dem an den Nacherben zu verabfolgenden Nachlasse gehört, untergegangen ist, so erhält seine Hypothek den Platz vor der des Nacherben. Dadurch kann der Fortbestand des gelöschten Rechts allerdings unmöglich werden. In einem solchen Falle erwirbt dann aber der Nacherbe den Schadensersatzanspruch gegen den Vorerben, der aus dessen eigenem Vermögen zu erfüllen ist.

Hat der Erblasser die ihm zustehende Hypothek, Grund- oder Rentenschuld am Grundstücke des Erben einem Dritten vermacht und bewilligt und beantragt nach dem Erbfalle der Erbe die Löschung des Rechtsverhältnisses, dessen Berechtigung und Belastung sich in seiner Hand befinden, so geht dasselbe unter. Wegen der pflichtwidrigen Zerstörung hat der Vermächtnisnehmer aber gegen den Erben die Ersatzforderung, für welche dieser auch mit seinem Eigenvermögen haftet.

Während nun jedoch § 2143 das Nichterlöschen der zur Vereinigung gekommenen Rechtsverhältnisse unabhängig davon verordnet, ob das Recht früher dem Erblasser oder aber dem Erben zugestanden hat, spricht § 2175 nur von dem Vermächtnis des gegen den Erben gerichteten Rechts.

Unerörtert ist also noch die Frage geblieben, was werde, wenn der Erblasser eine Sache vermacht hat, an der dem Erben ein dingliches Recht zusteht und wenn der Wille des Erblassers ersichtlich nicht auf lastenfreien Übergang jener Sache an den Vermächtnisnehmer geht.

---

[1]) Ebenso Denkschrift Buch 5 IX S. 284 a. E.

Sofern die zugedachte Sache eine bewegliche ist, darf nach dem allgemeinen Grundsatz auch hier die in dem Erben stattfindende Vereinigung von Recht und Belastung keine vernichtende Wirkung ausüben. § 2165 schreibt denn auch ausdrücklich vor, daß wenn ein zur Erbschaft gehörender Gegenstand vermacht ist, der Vermächtnisnehmer im Zweifel nicht die Beseitigung der den Gegenstand belastenden Rechte verlangen kann. Ausgenommen ist nur der Fall, daß dem Erblasser ein Anspruch auf die Beseitigung zustand.

Eine sinnentsprechende Anwendung des § 2175 in seiner Anordnung nur relativen Nichterlöschens ist aber in der Erwägung des Beweggrundes, der bei Schaffung jener Vorschrift maßgebend gewesen ist, hier nicht zulässig, trotzdem ein rechtsähnliches Verhältnis vorliegt. Der Nießbrauch und das Pfandrecht des Erben für die Schuld eines Dritten dauert also an der vermachten Sache absolut fort.

Handelt es sich um ein vermachtes Grundstück, so wird der Erbe freiwillig eine Löschung des ihm an diesem zustehenden Rechts nicht veranlassen, da das zu seinem Nachteil wäre. Verpflichtet aber ist er zur Bewirkung der Löschung einer Grunddienstbarkeit, einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit oder einer Reallast, welche ihm an dem einem Dritten zugedachten Grundstück zusteht, vor der Ausantwortung des Grundstücks an den Vermächtnisnehmer nach § 2182 Abs. 3 im Zweifel nicht. Daß dies bei einer ihm zustehenden Hypothek, Grund- oder Rentenschuld ebensowenig der Fall ist, ist aus § 2165 zu folgern.

Es soll nun ferner nach § 2166, wenn ein vermachtes Grundstück, das zur Erbschaft gehört, mit einer Hypothek für eine Schuld des Erblassers oder für eine Schuld belastet ist, zu deren Berichtigung der Erblasser dem Schuldner gegenüber verpflichtet ist, der Vermächtnisnehmer dem Erben gegenüber zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers insoweit verpflichtet sein, als die Schuld durch den Wert des Grundstücks gedeckt wird.

Da ein Übergang der Schuld selbst vom Erben als dem Rechtsnachfolger des persönlich Verbindlichen auf den Vermächtnisnehmer mit der Ausantwortung des hypothekbelasteten Grundstücks an ihn dadurch natürlich nicht festgesetzt ist, so ist, wenn der Erbe selbst der Hypothekengläubiger ist, das Schuldverhältnis durch Konfusion erloschen. Jedoch wird nach § 1164 seine Hypothek ihm kraft Gesetzes auf seinen innerhalb des Grundstückswerts sich haltenden Ersatzanspruch gegen den Vermächtnisnehmer übertragen.

B.

Ausschlagung der Erbschaft und Erbunwürdigkeit. Mit dem Tode des Erblassers ist die Erbschaft kraft Gesetzes auf den berufenen Erben übergegangen. Schlägt dieser nun die ihm angefallene Erbschaft nachträglich aus oder wird er auf eine erhobene Anfechtungsklage hin gemäß § 2342 für erbunwürdig erklärt, so gilt nach § 1953 Abs. 1 und 2344 Abs. 1 „der Anfall an ihn als nicht erfolgt". Der Anfall an den, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende oder der Erbunwürdige zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte, „gilt als mit dem Eintritte des Erbfalls erfolgt".

In dem Zeitraum vom Erbfalle bis zur Ausschlagung oder rechtskräftigen Feststellung der Unwürdigkeit mußte nach der Sachlage der Nachlaß mit dem Eigenvermögen des Erben als vermengt und die Rechte, die dem Erben gegen den Erblasser oder diesem gegen jenen zugestanden haben, mußten als durch Konfusion erloschen angesehen werden. Durch die Ausschlagung und die Erbunwürdigkeitserklärung erweist sich nunmehr aber nachträglich, daß nur anscheinend, nicht jedoch wirklich eine Vereinigung beider Massen stattgefunden hat. Denn in Wahrheit ist der Nachlaß beim Erbfalle einem ganz anderen Subjekt zugefallen. Die Wirkungen, die die scheinbare Vereinigung gehabt hat, zerfallen demnach als ebenfalls nur scheinbare, so daß die für untergegangen durch Konfusion erachteten Rechtsverhältnisse ununterbrochen gelebt haben.

C.

Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs. Damit der Erbe der in § 1967 in Verbindung mit § 1994 grundsätzlich geschaffenen Möglichkeit mit seinem eigenen Vermögen für die Nachlaßverbindlichkeiten haften zu müssen, entgehen und damit die Nachlaßgläubiger sich vor einem durch etwaige Überschuldung des Erben ihnen drohenden Nachteile schützen können, stellt das B.G.B. dem Erben und den Gläubigern in dem § 1981 in Verbindung mit dem § 205 und der geplanten Ergänzung des § 204 der Reichskonkursordnung[1]) anheim, auf Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses bei Gericht anzutragen.

Durch die Anordnung jener oder durch die Eröffnung dieses wird eine vollständige Absonderung des Nachlasses von dem Eigenvermögen des Erben herbeigeführt. Denn nach § 1984 B.G.B. und § 5 R.K.O.

---

[1]) Vergleiche Anlage II zur Denkschrift S. 366.

verliert der Erbe dadurch die Befugnis den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen. Für die so gerichtlich beschlagnahmte Masse setzt das Gericht dann einen Verwalter ein, der die Geschäfte abwickelt und die Befriedigung der verschiedenen Klassen Anspruchsberechtigter besorgt.

Wenn nun auch zwischen dem Erbfalle und der Beschlagnahme durch das Gericht ein beträchtlicher Zeitraum liegt, so findet doch die Absonderung des Nachlasses in dem Umfange statt, in dem derselbe auf den Erben gelangt ist. Die thatsächlich erst später erfolgte Scheidung wirkt also bis auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurück und stellt die bisher angenommene Vermischung von Erbenvermögen und Erbschaft als eine nur scheinbare, als in Wirklichkeit, wie sich nunmehr herausstellt, nicht erfolgt hin. Das Rechtsverhältnis, dessen einer Faktor dem Erblasser, dessen anderer dem Erben zugestanden hat und das bislang für erloschen durch Konfusion angesehen worden ist, erweist sich als bestehend. Denn die mit rückwirkender Kraft in die äußere Erscheinung getretene Trennung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben beeinflußt rückwirkend dergestalt die beiden gegensätzlichen Faktoren, daß, obwohl sie demselben Subjekt angehören, sie doch wegen ihrer Zugehörigkeit zu gesonderten Massen sich nicht aufzuzehren vermögen.

Diesen Rechtszustand stellt § 1976 B.G.B. mit folgender Bestimmung fest:

> Ist die Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet, so gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen.

Die notwendige Ergänzung hierzu bildet § 205h Abs. 1 der in Aussicht genommenen Abänderungen der Reichskonkursordnung:[1])

> Der Erbe kann die ihm gegen den Erblasser zustehenden Ansprüche (im Konkursverfahren) geltend machen.

Aus den Worten des § 1976 „die durch Vereinigung erloschenen Rechtsverhältnisse gelten als nicht erloschen“ kann nicht zwingenderweise geschlossen werden, daß das Gesetz eine Fiktion hat aufstellen wollen. Sie bedeuten vielmehr nur die gesetzliche Anerkennung des oben ausgesprochenen Grundsatzes: Von den Rechtsverhältnissen, welche, wie man bisher hat annehmen müssen, durch Vereinigung erloschen sind, stellt sich durch die Beschlagnahme und Absonderung des Nachlasses heraus, daß sie niemals erloschen sind.

---

[1]) Anlage II zur Denkschrift S. 367 f.

Als eine Fiktion faßt diese Vorschrift offenbar auch nicht die Kommission für die zweite Lesung auf. Während nämlich die Motive[1]) von dieser Bestimmung des § 1976 — des § 2114 des ersten Entwurfs — sagen, daß „die Vereinigung (soll wohl heißen: die regelmäßige Wirkung der Vereinigung, der Untergang) hier mit Rückwirkung erlösche (!) und eine dingliche Wiederherstellung des früheren Zustandes eintrete," streicht die zweite Kommission nach von Jeklin[2]) den § 291 des ersten Entwurfs mit der von den Kritikern übernommenen Begründung, daß der wissenschaftliche Lehrsatz: ein Schuldverhältnis erlösche durch Vereinigung, eine Reihe von Ausnahmen erleide, unter welchen dann auch dieser Fall des § 1976 — des § 2114 des ersten Entwurfs — aufgezählt wird.

Durch § 1976 sind nicht die Rechtsverhältnisse an Grundstücken betroffen. Denn diese können durch Vereinigung nicht erlöschen. Vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Nachlaßkonkurses ist der Erbe berechtigt, die Löschung eines Rechts, das auf seinem Grundstück lastet und bis zum Erbfalle dem Erblasser gehört hat, oder das ihm an dem ererbten Grundstück schon vor dem Erbfalle zugestanden hat, zu bewilligen und zu beantragen. Durch die daraufhin erfolgte Löschung ist das Recht untergegangen. An seine Stelle tritt aber bei Beschlagnahme und Trennung des Nachlasses der auf § 1978 sich gründende Ersatzanspruch, der in den Nachlaß oder in das Eigenvermögen des Erben fällt.

D.

Unthunlichkeit der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses mangels Masse. Ist die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses wegen Geringfügigkeit der Masse nicht angängig oder wird aus diesem Grunde die Nachlaßverwaltung aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt, so kann nach § 1990 Abs. 1 der Erbe die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers über die Höhe des Nachlasses hinaus verweigern. Er muß dann aber den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung diesem herausgeben.

Durch die Herausgabe erfolgt dann zwar auch eine Trennung des Nachlasses von dem Eigenvermögen des Erben. Da sie aber nicht

---

[1]) Band V S. 631.

[2]) Gruchot, Jahrg. 37 S. 113. Die Protokolle S. 757 enthalten die Aufführung dieser Ausnahmen nicht.

durch ein von öffentlichem Interesse geleitetes Eingreifen des Gerichts, sondern nur durch ein privates Rechtsgeschäft vollzogen wird, so darf sie nicht auch Unbeteiligten gegenüber wirksam werden, sondern kann nur in dem Verhältnisse zwischen dem Erben und diesem Gläubiger Folgen nach sich ziehen. Deshalb sollen auch nach § 1991 Abs. 2 „die in Folge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse nur im Verhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem Erben als nicht erloschen gelten."

E.

Erbschaftskauf. Verkauft der Erbe die ihm angefallene Erbschaft an einen Dritten, so sollen nach römischem Rechte der Erbe, dessen Sache mit einem Rechte des Erblassers belastet gewesen ist, sowie der Käufer, der eine früher dem Erblasser gehörige, mit einem dinglichen Rechte des Erben behaftete Sache in der Erbschaft erworben hat, auf Grund des Kaufvertrages verbindlich sein, ein Recht, das dem durch die Konfusion in der Person des Erben erloschenen Rechte gleich ist, neu zu bestellen. Ist aber eine Forderung, die dem Erblasser gegen den Erben oder dem Erben gegen den Erblasser vor dem Erbfalle zugestanden hat, durch die Konfusion erloschen, so wird diesem Untergange die Wirkung der Zahlung beigelegt, so daß die herauszugebende Erbschaft sich um den Betrag der untergegangenen Obligation vermehrt oder vermindert.

Die heutige Rechtsentwickelung strebt danach, die Wirkung desselben Ereignisses auf die sich entsprechenden Rechtsverhältnisse verschiedener Gebiete, soweit dies irgend thunlich ist, einheitlich zu gestalten. Dies zweckdienliche Bestreben tritt auch im § 2377 B.G.B. hervor:

> Die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse gelten im Verhältnisse zwischen dem Käufer und dem Verkäufer als nicht erloschen. Erforderlichen Falles ist ein solches Rechtsverhältnis wiederherzustellen.

Diese gleichmäßige Regelung der Konfusionswirkung für Schuldverhältnisse wie für dingliche Rechte kann das Gesetzbuch nur durch Anwendung der Fiktion erreichen. Hier sind unzweifelhaft Schuldverhältnis sowohl wie dingliches Recht an fremder beweglicher Sache durch Konfusion erloschen. Durch den Kaufvertrag aber werden Erbe

und Käufer, wie die Entwürfe[1]) in einer trotz Entfernung dieses Satzes doch fraglos auch für das B.G.B. zutreffend bleibenden Weise es ausdrückten, „verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn an Stelle des Verkäufers der Käufer Erbe geworden wäre.“ Deshalb wird der Käufer als Gläubiger der Forderung, als Schuldner der Verbindlichkeit des Erblassers, ebenso auch als Berechtigter an einer Sache des Erben, die bisher dem Erblasser gedient hat, als Duldender eines an der ererbten Sache bestellten Rechts fingiert.

Da diese Gesetzesregel nur die Auslegung eines privatrechtlichen Vertrags giebt, kann ihr Inhalt durch Parteiwillkür abgeändert oder aufgehoben werden. Es folgt daraus ferner, daß der gemäß dem vermuteten Parteiwillen vom Gesetze fingierte Zustand nur innerhalb dieser Parteiensphäre Anspruch auf Anerkennung haben kann. Dies bringen die Worte: „im Verhältnisse zwischen dem Käufer und dem Verkäufer“ und „erforderlichen Falles ist ein solches Rechtsverhältnis wieder herzustellen“ zum Ausdrucke.[2]) Alle Dritten halten sich an die Wirklichkeit, in der das Schuldverhältnis und das dingliche Recht an beweglicher Sache untergegangen ist. Die für jene Forderung verhafteten Bürgen, die Dritten, die ein Pfandrecht für dieselbe an ihrer Sache bestellt haben, werden befreit; der Pfandgläubiger an einer beweglichen Sache des Erben oder des Erblassers, dem ein Pfandrecht des Erblassers oder des Erben an dieser Sache vorging, rückt an die erste Stelle. Der Käufer kann nur die Neubestellung eines dem erloschenen inhalts- und rangesgleichen Rechts beanspruchen.

Zweiter Abschnitt.

Die Wirkungen der uneigentlichen Konfusion.

§ 18.

Über die Konfusion nebeneinanderstehender Faktoren enthält das B.G.B. keinerlei Bestimmungen. Für die Erkenntnis ihrer Wirkungen müssen daher, wie der § 1 des ersten Entwurfs sagte, „die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze“ maßgebend sein.

[1]) Erster Entwurf § 488; zweiter Entwurf § 449; Reichstagsvorlage § 2345; vergl. Windscheid, Pandekten Band III § 621 S. 245.

[2]) Der erstere, unzweifelhaft theoretisch wie praktisch wesentliche Zusatz fehlte dem § 499 des ersten Entwurfs. Die Motive (Bd. II S. 365) nahmen an, daß er aus dem Wesen des Erbschaftskaufs folgte.

I. Für den Fall, daß ein Gesamtschuldner einen der übrigen, ein Gesamtgläubiger einen seiner Mitberechtigten oder ein Mitbürge einen anderen Mitbürgen beerbt, steht der Erhaltung der beiden an Inhalt und Umfang gleich gearteten Faktoren in derselben Person, wie dies die römischen Rechtsquellen lehrten, keiner der begriffsbestimmenden Sätze des B.G.B. entgegen.

Dies ist insofern von größerer Wichtigkeit wie im gemeinen Rechte, als Gesamtschuldner, deren Eigenschaft auch den Mitbürgen nach § 769 beiwohnt, und Gesamtgläubiger im Zweifel untereinander zu gleichen Anteilen verpflichtet und berechtigt sind. Das Subjekt der uneigentlichen Konfusion ist danach also im Innenverhältnis auf zwei Anteile verbindlich oder forderungsberechtigt.

II. Vereinigte sich die Bürgschaft und die Hauptschuld, so entschieden die Quellen, daß nur diejenige Bürgschaft, die „plenior" als die Hauptschuld wäre, fortbestehen sollte.[1]) Ein zufriedenstellendes Ergebnis war, insbesondere bei der engen Auslegung jenes Worts durch die Quellen, damit nicht erreicht.

Der erste Entwurf verordnete im § 678 für diesen Fall, daß die Bürgschaft „insoweit fortbestünde, als ihr Fortbestehen für den Gläubiger ein Interesse hätte". Hiermit würde ein relatives Nichterlöschen der Bürgschaft eingeführt worden sein, demzufolge dann nur für den Gläubiger, nicht aber für Dritte die Bürgschaft noch vorhanden gewesen sein würde.

Doch ist dieser Paragraph des ersten Entwurfs von der zweiten Kommission gestrichen worden. „Denn, meint sie,[2]) wenn sich auch theoretisch aus dem Begriffe der Bürgschaft ein Zweifel herleiten lasse, ob erstere hier nicht untergehe, so werde doch eine unbefangene Gesetzesanwendung nicht verkennen, daß hier die Rechte des Gläubigers nicht berührt würden, ohne daß es eines gesetzlichen Anhalts bedürfe."

Für das B.G.B. wird man zu sagen haben:

Nach § 765 setzt die Bürgschaft eine dritte Person voraus, die sich für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners dem Gläubiger verpflichtet. Die Begründung einer Bürgschaft in der Person des Schuldners ist mithin unvorstellbar. Wohl aber erscheint bei späterem zufälligen Zusammenkommen beider Verbindlichkeiten ihr Fortbestehen in derselben Person als nichts begriffswidriges. Denn einmal in der

---

[1]) Siehe oben § 12 S. 69.

[2]) Protokolle S. 2534 und Reatz a. a. O. S. 358 zu § 678.

Person eines Dritten entstanden, ist die Bürgschaft für den Gläubiger nichts als ein besonders geeigenschaftetes Vermögensrecht, dessen gegenüberstehende Verbindlichkeit auch zur Hauptschuld durchaus nicht im Gegensatze steht. Der von den Motiven[1]) noch für so gewichtig erklärte Satz, den sie „aus der Natur der Sache für anscheinend nicht anfechtbar" erachten und auf den auch die Kommission für die zweite Lesung in der soeben angeführten Stelle anspielt: niemand könne sein eigener Bürge sein, existiert also jedenfalls in dem vom B.G.B. gegebenen Begriffe der Bürgschaft nicht. Hier besteht nur der Satz, daß niemand sich selbst als den Bürgen für seine eigene Schuld stellen kann.

Einem Fortbestande der mit der Hauptschuld zufällig in einer Person zusammengetroffenen Bürgschaft steht also nichts entgegen. Es verkörpert das Konfusionssubjekt dann eben die beiden Verbindlichkeiten, ähnlich wie der Gesamtschuldner, der seinen Genossen beerbt hat. Ein Grund der für ein Fortbestehen der Bürgschaft nur insoweit, als das Interesse des Gläubigers es verlangte, für ein nur relatives Nichterlöschen spräche, ist nicht vorhanden. Die Bürgschaft erhält sich absolut auch in der Hand des Hauptschuldners.

---

[1]) Band II S. 678.

Thesen.

I.

Von einer „Eigentümerhypothek“ kann im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht gesprochen werden.

II.

Wenn bei einem zinslosen Darlehn der Gläubiger auf Grund der lex 8 Dig. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur (20,2) von dem nutzbaren Faustpfande die Früchte bis zur Höhe gesetzlicher Zinsen behält, so liegt keine Antichresis vor.

III.

Die im altrömischen Civilrecht zu Pfandrechtszwecken getroffene Abrede der fiducia wurde als formloser Nebenvertrag vor dem Manzipationsakt geschlossen.

IV.

Nach dem Verfangenschaftsrecht des Schwabenspiegels erwerben die Kinder beim Tode des einen Elternteils an den liegenschaftlichen Gütern des Verstorbenen das Eigentum kraft des Deszendentenrechts, an den liegenschaftlichen Gütern des Überlebenden dagegen einen unentziehbaren Erbanspruch.

V.

Hat bei der Wahlhandlung eines Kapitels eine Mehrheit von Zweidritteln sich ergeben, so streitet eine nicht durch Gegenbeweis entkräftbare Vermutung dafür, daß die Mehrheit auch der vernünftigere Teil ist.

VI.

Die auf Rennplätzen abgeschlossenen Wetten der Buchmacher stellen rechtlich Glücksspiele dar und sind deshalb bei gewerbsmäßiger Betreibung nach § 284 Reichsstrafgesetzbuchs zu strafen.

Lebenslauf.

Am 25. Juli 1873 wurde ich, Eduard Mosler, zu Straßburg im Elsaß geboren. Ich bin der Sohn des am 29. Juli 1895 verstorbenen Geheimen Oberregierungsrats und vortragenden Rats im Königlichen Ministerium für Handel und Gewerbe Christian Mosler und seiner Ehefrau Katharina, geborenen von Friedberg.

Ich bin evangelischer Konfession.

Ich besuchte die Vorschule des Realgymnasiums in Schönebeck an der Elbe und des Falkrealgymnasiums zu Berlin, demnächst von der Quarta ab das hiesige Königliche Joachimsthalsche Gymnasium, wo ich nach siebenjährigem Besuche am 9. September 1891 das Reifezeugnis erhielt.

Alsdann studierte ich in Lausanne und in Bonn je ein Semester, darauf fünf Semester in Berlin. Hier hörte ich Vorlesungen bei den Professoren Aegidi, Berner, Biermann, Brunner, Dambach, Dernburg, Eck, Gierke, von Giczycki †, von Gneist †, Hinschius, Hübler, Jakobi, Kohler, Meitzen, Schmoller, von Treitschke †, Wagner.

Am 31. Mai 1895 bestand ich die erste juristische Prüfung beim Königlichen Kammergericht mit dem Prädikat „gut“. Daraufhin wurde ich durch Verfügung des Kammergerichtspräsidenten zum Referendar ernannt und am 21. Juni 1895 bei dem Königlichen Amtsgericht zu Belzig durch Ableistung des Beamteneides für den Staatsdienst verpflichtet.

Am 9. Februar 1897 legte ich das Rigorosum vor der Berliner juristischen Fakultät ab und erhielt von ihr das Prädikat „magna cum laude“.

Zur Zeit bin ich bei dem Königlichen Landgericht II hierselbst im Vorbereitungsdienste thätig.

Dem Herrn Dekan und den Herrn Ordinarien der hiesigen Fakultät sage ich für das mir erzeigte große Wohlwollen, insbesondere den Herren Geheimräten Professoren Dr. Eck und D. Dr. Hinschius für die Förderung und Anregung, die sie mir in ihren Seminarien haben zu teil werden lassen, meinen ehrfurchtsvollsten Dank.

Berlin, den 15. Februar 1897.

Eduard Mosler.

Vögl